

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Quelles procédures pour le commerce électronique ?

Mougenot, Dominique; Guinotte, Laurent

*Published in:*  
Le commerce électronique

*Publication date:*  
2001

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Mougenot, D & Guinotte, L 2001, Quelles procédures pour le commerce électronique ? Dans *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*. Jeune barreau de Liège, Liège, p. 301-387.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# **Quelles procédures pour le commerce électronique ?**

***Laurent Guinotte,***  
*Assistant au service de droit judiciaire de la Faculté de  
Droit de l'U.Lg., Avocat au Barreau de Liège  
et*

***Dominique Mougenot,***  
*Juge au Tribunal de commerce de Mons*

## SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION</b> .....	305
<b>I. LA MISE EN ŒUVRE DES ARTICLES 17 ET 18 DE LA DIRECTIVE SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE</b> .....	308
1. LES MODES NON JUDICIAIRES DE RÉSOLUTION DES LITIGES .....	308
A. Introduction .....	308
B. Principaux avantages des ADR .....	310
C. L'Internet au service des ADR .....	312
D. Les principaux instruments communautaires existants .....	315
a. La communication de la Commission sur « la résolution extrajudiciaire des conflits de consommation » (COM(1998)198) .....	315
b. La Recommandation de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (98/257/CE) .....	316
c. Le réseau européen de résolution extrajudiciaire des litiges de consommation .....	320
E. Le droit belge .....	322
a. L'arbitrage .....	322
b. La médiation .....	325
c. La conciliation .....	326
2. LA PROCÉDURE JUDICIAIRE CONFRONTÉE AUX EXIGENCES DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE .....	327
A. Création de modes appropriés au commerce électronique .....	327
B. Problème de compétence internationale .....	332
a. Solutions à l'égard des États de l'Union européenne .....	333
I Litiges contractuels – non-consommateurs .....	335
II Litiges contractuels – consommateurs .....	339
III Responsabilité extra contractuelle .....	344
b. Solution à l'égard des États de l'AELE (Association Européenne de Libre Échange) .....	350
c. Solution à l'égard d'autres États .....	351

## II. AMORCES DE MODERNISATION DE LA PROCEDURE EN DROIT BELGE 353

### INTRODUCTION .....353

#### 1. LA LOI DU 20 OCTOBRE 2000 INTRODUISANT L'UTILISATION DE MOYENS DE TELECOMMUNICATION DANS LA PROCEDURE JUDICIAIRE ET EXTRAJUDICIAIRE. ....354

##### A. Le nouvel article 2281 du Code civil .....355

###### a. Analyse du texte .....355

###### b. Hypothèses d'application et problème de l'envoi recommandé .....358

##### B. Examen des problèmes posés par le Code judiciaire en matière de communication .....361

###### a. L'écrit en droit judiciaire .....363

###### b. La signature en droit judiciaire .....364

###### c. Le mode de transmission .....365

##### C. Le nouvel article 32 du Code judiciaire .....367

###### a. La notification .....367

###### b. Communication, notification ou dépôt qui peuvent avoir lieu par lettre .....367

###### c. Communication, notification ou dépôt qui doivent avoir lieu par lettre .....369

###### d. Remarque concernant le 'sens' des communications .....372

###### e. Remarque concernant le fax .....373

##### D. Le nouvel article 52 du Code judiciaire .....373

###### a. Position du problème .....373

###### b. Solution nouvelle .....374

##### E. Le nouvel article 863 du Code judiciaire .....377

##### F. Entrée en vigueur .....379

##### G. Remarque .....379

##### H. Observations finales .....380

#### 2. LE FICHIER CENTRAL DES AVIS DE SAISIE CREE PAR LA LOI DU 29 MAI 2000 .....383

### CONCLUSION .....386

## INTRODUCTION

1. - Le développement du commerce électronique met en exergue le problème de l'efficacité des procédures judiciaires dans leur ensemble pour résoudre certains types de litiges, tels que les conflits entre professionnels et consommateurs. Le problème n'est pas nouveau mais prend ici une dimension particulière.

Un des principaux obstacles à l'efficacité d'une procédure judiciaire pour un différend de ce type est tout simplement qu'elle n'est bien souvent pas introduite. Les consommateurs, pour un contrat de faible valeur, sont en effet peu enclins à faire valoir leurs droits en justice. Ainsi, selon un sondage réalisé par la Direction générale Santé et Protection du Consommateur, seuls 15% des citoyens européens seraient prêts à porter en justice un litige de plus de 1.000 EUROS relatif à l'achat d'un produit ou d'un service dans son propre pays et 14% si le produit ou le service a été acheté à l'étranger<sup>1</sup>. Les trois raisons qui freinent les consommateurs sont : le coût disproportionné d'une procédure par rapport à l'objet du litige, la longueur de la procédure ainsi que sa complexité<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> « Les Européens et l'accès à la justice - Résultats significatifs de l'Eurobaromètre 52.1 », sondage d'opinion réalisé dans les 15 Etats membres de l'Union entre le 1<sup>er</sup> novembre et le 15 décembre 1999, relatif à l'expérience et la perception des citoyens européens quant à leurs droits en tant que consommateurs et quant à leur accès à la justice. Disponible à l'adresse : [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce\\_just/acce\\_just08\\_fr.html](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just08_fr.html).

<sup>2</sup> *Idem*.

Force est de constater que ces critiques à l'égard de la justice ne sont pas neuves<sup>3</sup>. L'émergence du commerce électronique n'a fait que les remettre sur la scène de l'actualité.

Les contrats conclus via le réseau et mettant en cause des consommateurs sont en effet souvent de faible valeur. En outre, et c'est probablement le problème majeur, ils mettent fréquemment en présence des parties de nationalité différente. Le consommateur peut vite se décourager d'entreprendre quelque action que ce soit dès lors qu'il sait que son cocontractant est établi dans un pays étranger. En effet, quelle loi appliquer, quel tribunal est compétent, en quelle langue doit se dérouler la procédure, combien cela va-t-il coûter, ... ? Toutes ces questions, liées au caractère transfrontalier de l'Internet, peuvent sembler insolubles au consommateur moyen qui s'estime lésé par une transaction conclue électroniquement avec un professionnel étranger, dont la nationalité n'est parfois même pas connue.

Enfin, les solutions qu'offre une procédure judiciaire ne sont pas toujours celles souhaitées par les parties.

On ne peut dès lors que constater que, malgré des efforts législatifs importants, tant à l'échelon européen que national, le consommateur insatisfait se trouve parfois placé dans une situation où il lui apparaît difficile, voire impossible, de faire valoir ses droits. Il s'agit cependant d'un facteur important qui permettrait d'assurer la confiance du consommateur dans la nouvelle économie et qui permettrait à celle-ci de prendre réellement son envol.

2. - Consciente du problème, l'Union européenne y consacre deux articles dans la directive sur le commerce électronique. L'article 18 énonce que :

*Les Etats membres veillent à ce que les recours juridictionnels disponibles dans le droit national portant sur les activités des services de la société de l'information permettent l'adoption rapide de mesures, y compris par voie de référé, visant à mettre un terme à toute violation alléguée et à prévenir toute nouvelle atteinte aux intérêts concernés.*

Un appel est ici fait aux législateurs nationaux. En pratique, une procédure judiciaire adaptée au commerce électronique devra être mise à la disposition du justiciable européen. Si cette mesure ne vise pas exclusivement les consommateurs

<sup>3</sup> Voir notamment G. de LEVAL, « Conclusions » in *La médiation en matière commerciale*, actes du colloque organisé par le Centre de Médiation de l'Ordre des avocats du barreau de Liège le 1er octobre 1999, ASBL éditions du Jeune Barreau de Liège 2000, p. 180.

mais également les professionnels, il ne fait aucun doute que la protection des intérêts des premiers est un des objectifs majeur poursuivi par la directive<sup>4</sup>.

L'article 17 dispose quant à lui que :

*1. Les Etats membres veillent à ce que, en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire de ce service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de résolution extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés.*

*2. Les Etats membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire, notamment en ce qui concerne les litiges en matière de consommation, à fonctionner de manière à assurer les garanties procédurales appropriées pour les parties concernées.*

*3. Les Etats membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire des litiges à communiquer à la Commission les décisions importantes qu'ils prennent en matière de services de la société de l'information ainsi que toute autre information sur les pratiques, les us ou les coutumes relatives au commerce électronique.*

Cet article vise à promouvoir et à encadrer les méthodes alternatives de résolution des conflits (ou, selon la terminologie américaine consacrée, *alternative dispute resolution*, ci-après ADR). L'utilisation de moyens électroniques y est recommandée. Une référence expresse est par ailleurs faite aux conflits de consommation, à l'alinéa 2. A cet égard on peut raisonnablement penser qu'il est implicitement renvoyé au respect des garanties procédurales énoncées dans la Recommandation de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (98/257/CE)<sup>5</sup>. Enfin, l'alinéa 3 prévoit que les décisions importantes prises par ces organismes soient transmises à la Commission, l'objectif étant à terme de constituer une *lex electronica*, ou *lex cybernetica*<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Voir le considérant n° 53 de la directive, développé *infra*.

<sup>5</sup> Disponible à l'adresse : [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce\\_just/acca\\_just\\_fr.htm](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acca_just_fr.htm).

<sup>6</sup> Voir *infra*.

<sup>7</sup> Sur la notion de *lex electronica* ou *lex cybernetica*, voir E. CAPRIOLI, « Arbitrage et médiation dans le commerce électronique », *Revue de l'arbitrage*, 1999, n° 2, p. 236 ; V. TILMAN, « Arbitrage et nouvelles technologies : Alternative Cyberdispute Resolution » *Ubiquité*, n° 2, mai 99, p. 61. L'auteur, en évoquant les conflits liés au cyberspace, estime "qu'enlever ces conflits au cours et tribunaux ordinaires pourrait être le seul moyen d'éviter l'irrégularité et le manque de cohérence des solutions apportées aux casus implicites dans la dimension internationale de la Toile. La fiabilité et la constance des solutions publiées

Le considérant 51 de la directive vient préciser la portée et l'objectif poursuivi par cet article 17. Il dispose que :

*Il doit incomber à chaque Etat membre, le cas échéant, de modifier toute législation susceptible de gêner l'utilisation de mécanismes de règlement extrajudiciaire des litiges par les voies électroniques ; le résultat de cette modification doit être de rendre réellement et effectivement possible, en droit et en pratique, le fonctionnement de tels mécanismes, y compris dans les relations transfrontalières.*

La première partie de l'exposé sera consacrée aux développements relatifs aux articles 17 et 18 de la directive sur le commerce électronique. Nous évoquerons d'abord les méthodes alternatives de résolution des conflits (1). La question du type de procédure judiciaire susceptible de rencontrer les exigences de l'article 18 de la directive européenne sur le commerce électronique sera ensuite envisagée (2). Dans une seconde partie, nous examinerons dans quelle mesure les NTIC ont déjà fait leur apparition en droit judiciaire belge et quelles initiatives le législateur a prises pour rationaliser l'exécution des décisions. Dans ce cadre, seront examinées les dispositions procédurales de la loi du 20 octobre 2000 (3) et les dispositions nouvelles relatives au fichier central des saisies (4).

## **PREMIERE PARTIE - LA MISE EN ŒUVRE DES ARTICLES 17 ET 18 DE LA DIRECTIVE SUR LE COMMERCE ELECTRONIQUE\***

### **1. LES MODES NON JUDICIAIRES DE RESOLUTION DES LITIGES.**

#### **A. Introduction**

3. - Il existe depuis longtemps des mécanismes qui n'ont pas recours à la justice étatique pour résoudre les conflits. Bien que ces types de procédés soient souvent moins contraignants qu'une décision judiciaire et présentent *a priori* moins

*pourrait favoriser la stabilité des rapports contractuels. Emergerait ainsi une lex cybernetica à l'instar de l'émergence de la lex mercatoria jadis".*

\* Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, du 8 juin 2000 (J.O.C.E. n° L178 du 17 juillet 2000, pages 1 à 16).

de garanties d'aboutir à une solution qu'une procédure judiciaire, il n'en reste pas moins qu'ils offrent souvent nombre d'avantages non négligeables, tels que rapidité, simplicité et coûts peu élevés. La grande variété des procédés existants permet en outre, de par leur grande flexibilité, de dégager des solutions qui sont plus en concordance avec les souhaits des parties quant à l'issue du litige.

Les ADR sont traditionnellement divisés en plusieurs catégories : la conciliation, la médiation et la tierce décision obligatoire et l'arbitrage. Bien que la négociation soit fréquemment citée comme une catégorie supplémentaire d'ADR<sup>9</sup>, on peut se poser la question de savoir s'il s'agit effectivement d'une catégorie autonome. En effet, non seulement la négociation ne nécessite pas automatiquement la présence d'un tiers neutre, mais il s'agit plutôt d'un moyen ou d'une technique utilisée dans le cadre des ADR en général<sup>10</sup>.

Le type de procédé est déterminé par le rôle dévolu au tiers chargé de la résolution du litige et des pouvoirs dont il dispose dans le cadre de sa mission. On distingue la conciliation de la médiation selon que le tiers, conciliateur ou médiateur, a ou non la possibilité d'émettre des avis et des propositions de nature à solutionner le conflit, ou au contraire s'il se contente de rapporter à chaque partie la position de l'autre. Les auteurs sont cependant divisés quant à savoir quel terme désigne quelle méthode<sup>11</sup>. La tierce décision obligatoire<sup>12</sup> et l'arbitrage aboutissent à une décision contraignante pour les parties. La première n'est cependant pas soumise aux dispositions légales relatives à l'arbitrage. Par ailleurs, la décision d'un tiers décideur n'est pas revêtue de l'autorité de chose jugée, contrairement à une sentence arbitrale<sup>13</sup>, mais de l'autorité de la chose convenue<sup>14</sup>. L'arbitre dispose quant à lui d'un véritable pouvoir juridictionnel. Sa décision peut en outre acquérir force exécutoire via la procédure d'*exequatur*<sup>15</sup>. Il s'agit du mode le plus contraignant d'ADR.

<sup>9</sup> A. ROUSSOS « La résolution des différends », *Lex electronica*, vol. 6, n°1, printemps 2000, n° 8 et 9 disponible à l'adresse : <http://www.lex-electronica.org/articles/v6-1.roussos.htm> ; T. VERBIEST et E. WERY, *Le droit de l'internet et de la société de l'information*, Larcier, 2001, p. 567.

<sup>10</sup> N. ANTAKI, *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Editions Yvon Blais, 1998, n°147, p. 84 ; T. VERBIEST et E. WERY, *op. cit.*, p. 567, note 2.

<sup>11</sup> Pour un rôle actif du conciliateur, voir P. TRUDEL, FABRAN, K. BENYKHLEF et S. HEIN, *Droit du cyberspace*, Montréal, Editions Thémis, 1997, pp. 10 - 20. Pour l'opinion inverse, voir N. ANTAKI, *op. cit.*, note 3, n°143, p.83.

<sup>12</sup> Sur cette notion, voir O. CAPRASSE « De la tierce décision obligatoire », *J.T.* 1999, p. 566 et les nombreuses références citées à la note 5.

<sup>13</sup> Art. 1703 du Code judiciaire.

<sup>14</sup> O. CAPRASSE, *op. cit.*, p. 576.

<sup>15</sup> Article 1710 du Code judiciaire.

On distingue également les ADR selon qu'ils ont vocation à être utilisés pour régler les conflits entre professionnels exclusivement (Business to Business – B to B) ou entre professionnels et consommateurs (Business to Consumer – B to C). La première catégorie est largement développée, et les professionnels sont en général habitués à ces méthodes de règlement des différends. Au contraire, on constate que peu de consommateurs sont informés de l'existence de telles procédures, et éprouvent une certaine crainte face à ces procédés méconnus.

Les principaux instruments réglementaires existants à l'échelon européen (III) et national (IV) en la matière seront successivement examinés. Préablement un bref rappel sera fait des principaux avantages reconnus aux différents types d'ADR en général (I), ainsi que ceux qui peuvent être obtenus par l'utilisation de moyens électroniques dans ces procédures (II).

## B. Principaux avantages des ADR

4. - Les ADR présentent différentes qualités que n'offre pas toujours une procédure judiciaire :

- **Rapidité** : il est généralement reconnu que le recours à certains types d'ADR<sup>16</sup> permet de régler un différend dans des délais plus courts qu'une procédure judiciaire normale<sup>17</sup>.

- **Flexibilité** : la grande variété des méthodes de résolution des conflits existantes garantit à chaque type de litige une méthode appropriée et adaptée à ses spécificités. De la simple confrontation de points de vue à la décision contraignante d'un arbitre, les parties sont libres de choisir en fonction de la solution recherchée.

- **Caractère volontariste des ADR** : ce point constitue probablement l'atout majeur de ce type de procédure, les solutions dégagées lors d'un ADR étant généralement des solutions négociées. Chaque partie ressort en quelque sorte 'gagnante', étant donné qu'elle a proposé les éléments de solutions et accepté ceux

<sup>16</sup> Remarquons cependant qu'une procédure d'arbitrage émaillée de nombreux incidents de procédure, dont la sentence est attaquée en annulation, et pour laquelle l'obtention de l'exequatur devient problématique, peut au contraire s'étendre sur plusieurs années, et faire perdre l'essentiel de son intérêt au choix du recours à l'arbitrage. On ne peut non plus nier que les procédures extrajudiciaires, telles que la médiation ou la conciliation, ne sont parfois que de simples mesures dilatoires utilisées par une partie peu désireuse de voir la procédure aboutir.

<sup>17</sup> A titre d'exemple, on citera la procédure mise en œuvre par le Centre belge d'Arbitrage et de médiation (CEPAN) dans le cadre de la résolution des litiges concernant les noms de domaine, mission qui lui a été confiée par DNS.BE, l'organisme belge qui enregistre les noms de domaine. La procédure proposée permet d'aboutir à une solution dans un délai de 75 jours.

de l'autre partie. Elles sont dès lors mieux ressenties par les parties et l'exécution de ces accords en est grandement facilitée<sup>18</sup>.

- **Coûts peu élevés** : Les coûts d'un ADR varient évidemment en fonction de différents paramètres tels que notamment la qualification du tiers chargé d'intervenir, la durée de la procédure, le type d'ADR choisi, la complexité de la cause et des matières juridiques concernées. S'il ne fait aucun doute que certaines procédures d'arbitrage en matière de commerce international peuvent engendrer des coûts très importants, il n'en reste pas moins que certains types d'ADR offrent de résoudre les litiges qui leur sont soumis moyennant des coûts très peu élevés, particulièrement pour le litiges entre professionnels et consommateurs<sup>19</sup>.

- **Confidentialité** : cette qualité est fréquemment mise en avant lorsque l'on évoque l'intérêt des ADR pour les litiges commerciaux. Lors d'une procédure judiciaire, la publicité des débats et de la décision peut en effet nuire à la réputation et à l'image d'une ou des parties. Le recours aux ADR garantit au contraire une grande confidentialité à la procédure, où les débats sont privés.

- **Spécificité** : si elles décident d'avoir recours aux ADR, les parties s'adresseront en pratique à un organisme spécialisé dans ce type de service. Cet organisme choisira alors un tiers neutre qui possède toutes les connaissances tant techniques que juridiques pour résoudre le conflit. Cela a pour conséquence directe que les débats et/ou négociations peuvent commencer directement devant une personne parfaitement au fait de la matière, sans que les parties doivent recourir à l'expertise, qui ralentit la procédure et en augmente les coûts. La décision pourra également être guidée par des pratiques et usages propres à chaque type de litige.

- **Maintien de la relation commerciale** : le choix librement fait de soumettre le différend à l'intervention d'un tiers témoigne de la volonté des parties de voir le litige qui les oppose résolu par une méthode moins 'agressive' qu'une

<sup>18</sup> Cette aspect 'solution négociée' est évidemment moins présent pour l'arbitrage, où la négociation porte seulement sur la décision de soumettre le litige à un tribunal arbitral, ainsi que sur certaines modalités de celui-ci.

<sup>19</sup> A titre d'exemple, LEGIBEL, qui offre de résoudre par la voie de l'arbitrage les litiges opposant les assurés en protection juridique à différentes compagnies d'assurances, est une procédure gratuite pour les assurés. L'ASBL Commission des Litiges Voyages, qui règle certains des litiges relatifs aux contrats de voyages, coûte entre 4.000 et 25.000 Frs au demandeur. Si ce dernier obtient gain de cause, la procédure est gratuite. De même, la Commission des Litiges Meubles, compétente pour tout litige concernant un achat de meuble vendu par un commerçant qui utilise le contrat-typé négocié au sein de la commission, propose une procédure où le demandeur paie 4.000 frs à titre de frais de plainte, qui lui sont remboursés s'il obtient gain de cause.

action judiciaire. Il s'agit d'une proposition d'entamer des négociations, non pas d'imposer une solution. Par ailleurs, la solution dégagée étant une solution négociée et acceptée par les parties, celles-ci sont dès lors plus enclines à conserver la relation d'affaire qui existait avant la naissance du litige.

On le voit, les avantages sont nombreux. Il convient cependant de préciser que les ADR ne peuvent apporter de solution à tous les litiges. Il s'agit en effet d'un mode consensuel de résolution des différends. Si une des parties ne coopère pas au processus, celui-ci n'aboutira pas. On ne peut non plus ignorer que ces procédés sont parfois utilisés à de seules fins dilatoires par une partie de mauvaise foi, qui cherche à retarder l'introduction ou le déroulement d'une procédure judiciaire. Enfin, la possibilité d'exécution forcée des accords intervenus à l'issue de la procédure et la manière dont cette exécution forcée peut être obtenue constituent des éléments fondamentaux et déterminants pour le succès de ces modes de règlement des différends.

### C. L'Internet au service des ADR

5. - L'alinéa 1 de l'article 17 de la directive sur le commerce électronique prévoit explicitement que les Etats membres doivent veiller au développement *...de mécanismes de résolution extrajudiciaire, y compris par les voies électroniques appropriées.*

Non seulement les méthodes existantes doivent-elles être mises en valeur, mais l'utilisation des moyens électroniques doit également y être intégrée. Les moyens électroniques peuvent en effet améliorer dans une mesure non négligeable la qualité du service offert par les ADR<sup>20</sup>.

La technique du courrier électronique, des chat-rooms et de la vidéoconférence ouvrent des perspectives nouvelles. Ainsi, les délais de

<sup>20</sup> Voir sur ce point : « Building trust in the online environment : business to consumer dispute resolution », Joint conference of the OECD, HCOPI, ICC, The Hague, 11-12 décembre 2000, orientation document ; A.I. HERMOSILLA, *Online Alternative Dispute Resolution : An Issues Primer*, Center for Law, Commerce & Technology, <http://law.washington.edu/lct> ; V. TILMAN, *op. cit.*, p. 47 à 64 ; E. CAPRIOLI, *op. cit.*, p. 225 à 248 ; J. HUET et S. VALMACHINO, « Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international (1) », *Gazette du Palais*, 2000, p. 6 à 18 ; A. ROUSSOS, *op. cit.* ; C. CHASSIGNEUX, « Nouvelles voies offertes pour la résolution des conflits en ligne », *Lex Electronica*, volume 5, n° 1 (été 1999), disponible à l'adresse : [http://www.lex-electronica.org/articles/v5\\_1/chassifr.htm](http://www.lex-electronica.org/articles/v5_1/chassifr.htm) ; T. VERBIEST et E. WERY, *op. cit.*, n° 1076 à 1088 ; V. GAUTRAIS, K. BENYKHELF et P. TRUDELA, « Cybermédiation et cyberarbitrage : l'exemple du cybertribunal », *D.I.T.*, 1998/4, p. 46 à 51 ; A.R. LODDER, « Elektronische geschillenbeslechting », *Computerrecht*, 2000/2, p. 118.

transmissions des pièces, de l'argumentation des parties et, d'une manière plus générale, de toute communication quelconque, peut se faire en quelques secondes, parfois même en direct et ce, même si les parties au litige résident chacune dans un pays différent. Cela réduit encore les délais nécessaires pour aboutir à une solution du litige. Cette rapidité est d'autant plus appréciable que, dans un domaine comme celui du commerce électronique, sujet à des changements fréquents et rapides, il est utile, voire nécessaire, de ne pas perdre les éléments factuels permettant de résoudre le litige. Il pourrait, en effet, être peu aisé, voire impossible, plusieurs mois après l'introduction de la réclamation, de déterminer avec certitude toutes informations disponibles sur un site internet à un moment précis, tels les conditions générales de vente, les labels et la publicité des produits ou services qui y est faite.

On peut également envisager la création d'un "site de l'affaire en cours", consacré à chaque affaire, créant ainsi un lieu de rencontre privilégié où tous les intervenants peuvent communiquer entre eux et échanger des documents<sup>21</sup>.

La confidentialité des débats peut être assurée par des mesures de sécurité appropriées, de sorte que seules les personnes impliquées dans la procédure aient accès à l'information qui s'échange entre elles. L'usage de la signature électronique permet d'ores et déjà de crypter les informations transmises via l'Internet, de telle manière que seul le destinataire de celles-ci puisse en prendre connaissance. La signature électronique garantit en outre l'identité des parties et du tiers chargé de résoudre le différend.<sup>22</sup> Il s'agit là d'un élément capital puisque les parties ne sont en principe pas appelées à se rencontrer physiquement, à aucun stade de la procédure.

Le coût de la procédure en est encore diminué, les moyens nécessaires pour la mise en œuvre de celle-ci pouvant être réduits au minimum. Il n'y a plus de frais d'envois postaux, de déplacement, de réunion,...

Par ailleurs, l'absence de présence physique des parties, considérée par certains comme préférable<sup>23</sup>, par d'autres comme diminuant les chances d'aboutir à une solution, pourra à l'avenir être compensée par l'utilisation de techniques de vidéo conférence.

<sup>21</sup> Sur la notion de "site de l'affaire en cours", et son influence sur la localisation géographique du lieu de l'arbitrage, voir E. CAPRIOLI, *op. cit.*, p. 236.

<sup>22</sup> Sur les différentes rôles que la signature électronique peut assurer, il est renvoyé au rapport qui y est consacré dans le présent ouvrage.

<sup>23</sup> R. GRANAT, « Creating an environment for Mediating Disputes On the Internet », disponible à l'adresse <http://www.law.vill.edu/ncair/disres/granat.html>.



En outre, la possibilité d'avoir recours aux ADR depuis son ordinateur, pour résoudre un conflit qui oppose deux parties habitant chacune sur un continent différent, n'est évidemment pas à négliger. On observe par ailleurs de plus en plus la création de formulaires de réclamation-type, que l'on peut remplir en ligne et qui peuvent faire l'objet d'un traitement semi-automatisé<sup>24</sup>, accélérant encore le traitement de la plainte. Ainsi, une simple connexion sur le site de l'organisme chargé d'organiser la procédure, la rédaction d'une plainte en ligne et l'envoi immédiat de cette plainte à un tiers compétent chargé de résoudre le différend ainsi que l'acceptation de l'autre partie de se soumettre à ce procédé de règlement du litige suffisent pour lancer la procédure amiable. Un consommateur informé pourrait ainsi entamer un ADR en quelques heures, voire en quelques minutes, à l'encontre d'un professionnel situé à l'autre bout du globe. Ce type de règlement des litiges, mis en parallèle avec une procédure judiciaire 'classique', ne manque pas d'attraits.

Tous ces éléments démontrent que l'utilisation de l'Internet ou d'un autre réseau de communication assure une plus grande souplesse aux ADR, complétant adéquatement les avantages qu'offrent déjà ces derniers, sans en altérer leurs caractéristiques essentielles. De nouveau, cette vision des choses doit cependant être nuancée par le fait que l'ensemble du processus est basé sur la bonne volonté des parties. Que celle-ci soit absente dans le chef de l'une d'elles et la tentative de résolution du différend sera vouée à l'échec. Par ailleurs, si les techniques actuelles de communication présentent de nombreux intérêts pour les ADR, elles doivent néanmoins être encadrées des mesures de sécurité suffisantes afin d'éviter toute possibilité d'abus ou de fraude<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Certains mécanismes de résolution des litiges proposent même une méthode entièrement automatisée. Lorsque la demande porte sur une somme d'argent (ce qui est notamment le cas dans les litiges entre assurés et assureurs) et que les parties acceptent de se soumettre à cette procédure, elles se font des offres mutuelles, proposant chacune la somme qui pourrait, selon elle, clore le litige. Si les montants proposés sont identiques ou s'ils ne diffèrent que dans une faible proportion, l'organe de résolution du litige les informe qu'elles sont arrivées à un accord. Pour un exemple de ce type de procédure, consulter notamment le site de "allsettle", à l'adresse <http://www.allsettle.com>.

<sup>25</sup> Il s'agit notamment de toute la problématique de l'identification des intervenants et de la fiabilité des informations transmises via l'Internet.

## D. Les principaux instruments communautaires existants

### a. La communication de la Commission sur « la résolution extrajudiciaire des conflits de consommation » (COM(1998)198\*).

6. - Cette communication fait suite au livre vert<sup>27</sup> (1993) et au Plan d'action<sup>28</sup> (1996) sur « l'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le marché intérieur ». Un des objectifs majeurs de cette communication est de « faciliter le règlement des litiges de consommation en remédiant aux problèmes découlant de la disproportion entre l'enjeu économique de l'affaire et le coût de son règlement judiciaire ».

Il est rappelé que les Etats membres sont les premiers responsables en matière de protection des consommateurs. La Commission constate ensuite que, sans mécanismes permettant l'exercice effectif des droits garantis aux consommateurs, ces derniers sont privés de toute valeur pratique. Dès lors, il doit être permis au consommateur de les faire reconnaître par le biais de canaux juridiques simples, rapides, efficaces et peu coûteux.

Trois voies sont proposées pour réaliser cet objectif : la simplification et l'amélioration des procédures judiciaires, l'amélioration de la communication entre les professionnels et les consommateurs et les procédures extrajudiciaires de règlement des conflits de consommation.

L'article 18 de la directive sur le commerce électronique s'inscrit dans la première voie. L'article 17 ressortit quant à lui à la troisième. Concrètement, la Communication propose notamment la mise à disposition d'un formulaire européen de réclamation pour le consommateur<sup>29</sup>.

Disponible dans toutes les langues officielles de l'Union européenne, ce formulaire unique vise à améliorer le dialogue entre les consommateurs et les professionnels et à les aider à atteindre un règlement à l'amiable des problèmes qu'ils peuvent rencontrer dans le cadre de leurs transactions.

<sup>26</sup> Disponible à l'adresse : [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce\\_just/acce\\_just01\\_fr.html](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just01_fr.html).

<sup>27</sup> COM(93)576 final du 16 novembre 1993.

<sup>28</sup> COM(96)13 final du 14 février 1996.

<sup>29</sup> Ce formulaire est disponible à la page : [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce\\_just/acce\\_just03\\_fr.html](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just03_fr.html).

Ce formulaire peut être directement envoyé par le consommateur mécontent au professionnel concerné. Si l'envoi de la plainte ne donne pas satisfaction, celle-ci peut servir de base à une action judiciaire ou extrajudiciaire ultérieure. Tous les types de litiges de consommation sont ici visés, quels que soient le montant en jeu, les parties concernées et le caractère national ou international du litige. Les associations de consommateurs disposent de la sorte d'un modèle unique de plainte à mettre à disposition de leurs affiliés.

Ce mécanisme ne permet cependant que de formaliser une revendication particulière d'un consommateur dans un document structuré, qui synthétise les demandes du plaignant et leur fondement. Initiative utile, elle n'est pourtant pas garante de la bonne fin du litige. Par ailleurs, et toujours selon l'eurobaromètre<sup>30</sup>, si la grande majorité des consommateurs interrogés estiment très utile l'existence d'un formulaire de ce type, seuls 7 % des citoyens européens interrogés ont déjà vu ou entendu parler de celui-ci.

**b. La Recommandation de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (98/257/CE)<sup>31</sup>.**

7. - La Recommandation est la deuxième action concrète de la Commission européenne prise dans le cadre de la Communication de la Commission sur « la résolution extrajudiciaire des conflits de consommation ».

L'objectif poursuivi est de définir les principes essentiels que doivent respecter les organes qui proposent de résoudre les litiges opposant les consommateurs et les professionnels en dehors de toute action judiciaire, afin d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs. L'observation de ces principes par les organes visés doit donner une confiance accrue aux consommateurs dans ces méthodes alternatives de résolution des différends. Le consommateur a ainsi la certitude que celles qui présentent toutes les garanties prévues par la Recommandation offrent un degré de fiabilité suffisamment acceptable pour oser soumettre son litige à une telle instance, que celle-ci se trouve dans son propre pays ou dans celui du professionnel qui est établi dans un autre

<sup>30</sup> « Les Européens et l'accès à la justice - Résultats significatifs de l'Eurobaromètre 52.1 », *op. cit.*, voir note 2.

<sup>31</sup> Disponible à l'adresse : [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce\\_just/acce\\_just02\\_fr.html](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just02_fr.html).

Etat membre. Par ailleurs, la Commission estime que cela augmentera la confiance mutuelle entre les différents organes extrajudiciaires existants dans les Etats membres.

Le champ d'application de la Recommandation est cependant limité aux méthodes qui, indépendamment de leur dénomination, mènent à un règlement du litige par l'intervention active d'une tierce personne qui propose ou impose une solution ; Que, par conséquent, ne sont pas visées les procédures qui se limitent à une simple tentative de rapprocher les parties pour les convaincre à trouver une solution d'un commun accord.

La Recommandation s'adresse, non seulement aux Etats membres, mais également et surtout aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation et à toute personne physique ou morale responsable pour la création ou le fonctionnement de tels organes.

Concrètement, ce sont les Etats membres qui sont chargés de communiquer à la Commission européenne le nom des organes extrajudiciaires de résolution des litiges situés sur leur territoire qui respectent les principes énumérés dans la Recommandation. Sur la base de cette information, la Commission a établi une base de données mentionnant les organes qui offrent ces garanties dans tous les pays de l'Union européenne<sup>32</sup>. C'est donc en définitive chaque Etat membre qui détermine quel organisme réunit ou non les conditions prévues dans la Recommandation. Ce contrôle *a priori* par les Etats membres constitue une garantie supplémentaire du bon fonctionnement de ce type de procédure et ne peut qu'encourager le justiciable européen à y recourir. Cette base de données mentionne par ailleurs différentes informations directement utilisables par le consommateur, tels que l'adresse et les points de contact de ces organismes, leur structure, le type de litige qu'ils s'offrent de résoudre, la procédure suivie, le coût de celle-ci, la nature de la décision et ses modalités d'exécution.

8. - Concernant le contenu de la Recommandation, celle-ci détermine sept principes fondamentaux applicables aux organes proposant des mécanismes de résolution extrajudiciaire des litiges de consommation :

<sup>32</sup> La liste des organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des conflits de consommation est disponible à l'adresse :

[http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce\\_just/acce\\_just04\\_fr.html](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just04_fr.html).

La liste des organes belges se trouve à l'adresse :

[http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce\\_just/acce\\_just04\\_be\\_ccb\\_fr.html](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just04_be_ccb_fr.html).

### *I. Principe d'indépendance*

L'indépendance des organes responsables de la prise de décision<sup>25</sup> doit être garantie. Pratiquement, la Recommandation vise ici notamment les compétences techniques et juridiques de la personne désignée, la durée de son mandat, qui doit lui permettre de prendre sa décision sans crainte d'être destituée sans juste motif, ainsi que son indépendance par rapport aux associations professionnelles et aux entreprises.

Si la décision est prise par un collège, son indépendance peut également être assurée par une représentation paritaire des consommateurs et des professionnels.

### *II. Principe de transparence*

C'est ici la transparence de la procédure qui est visée. Cette transparence peut être garantie par la communication à toute personne qui le demande d'informations relatives aux types de litiges qui peuvent être soumis à l'organe, aux règles procédurales de l'organe, aux coûts éventuels de la procédure, le type de règles sur lesquelles se fondent les décisions de l'organe, les modalités de prise de décision de l'organe, ainsi que la valeur juridique de la décision.

En outre, la publication par l'organe d'un rapport annuel relatif aux décisions rendues est également prévue.

### *III. Principe du contradictoire*

La procédure doit permettre aux parties de faire valoir leur point de vue à l'organe compétent. Les parties doivent également pouvoir prendre connaissance de toutes les positions et faits avancés par l'autre partie et par un éventuel expert.

### *IV. Principe de l'efficacité*

L'efficacité de la procédure est assurée notamment par l'accès aisé à celle-ci par le consommateur, la gratuité ou des coûts modérés pour ce dernier, des délais courts entre la saisine de l'organe et sa décision, ainsi que par un rôle actif laissé à l'organe, de sorte qu'il puisse prendre en considération tout élément utile à la résolution du litige.

<sup>25</sup> Le terme décision est ici un terme générique choisi par la Recommandation pour des raisons de commodité : *Considérant que les décisions des organes extrajudiciaires peuvent être à effet contraignant pour les parties, se résumer à de simples recommandations ou à des propositions de transaction qui doivent être acceptées par les parties ; que, aux fins de la présente recommandation, ces différents cas seront couverts par le terme "décision".*

### *V. Principe de légalité*

Ce principe a pour but de ne pas priver le consommateur de la protection que lui offrent les dispositions impératives de la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'organe est établi. S'il s'agit d'un litige transfrontalier, la décision ne peut priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'Etat membre dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, dans les cas prévus à l'article 5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

Ce principe impose également que la décision de l'organe soit motivée et communiquée aux parties dans les meilleurs délais.

### *VI. Principe de liberté*

La décision de l'organe ne sera contraignante à l'égard des parties que si elles en ont été préalablement informées et qu'elles l'ont expressément accepté. Si l'engagement du consommateur le prive du droit de saisir les juridictions compétentes pour le règlement du litige, celui-ci ne peut pas être antérieur à la naissance du litige.

### *VII. Principe de représentation*

Le recours à ce type de procédure ne peut pas priver les parties du droit de se faire représenter ou accompagner par un tiers à tout stade de la procédure.

L'article 17 alinéa 2 de la directive sur le commerce électronique, qui impose aux Etats membres d'encourager les organes de résolutions extrajudiciaires des conflits à respecter les garanties procédurales appropriées pour les parties concernées, vise sans aucun doute les principes énoncés dans cette recommandation, du moins en ce qu'il s'applique aux litiges de consommation. On remarquera que le projet de directive mentionnait quant à lui explicitement les sept principes dans le corps du texte de l'article 17. Il est vrai cependant que l'article 17 dans cette première version n'envisageait que les organes de résolution extrajudiciaire des conflits de consommation, comme la Recommandation. L'article 17 actuel s'étend au contraire à tout type de litige, même s'il met en exergue les litiges de consommation.

Il s'agit sans aucun doute d'une étape importante réalisée par la Commission européenne qui crée ici un socle minimum commun à tous les Etats membres en matière de résolution extrajudiciaire des conflits. Le rôle attribué aux Etats membres, chargés de contrôler le respect de ces principes par les organes

situés sur leur territoire, constitue un gage supplémentaire de la bonne application de ces principes. Il s'agit là d'un instrument important qui devrait contribuer au développement effectif de ce type de méthode de résolution des conflits.

### c. Le réseau européen de résolution extrajudiciaire des litiges de consommation<sup>34,35</sup>

9. - Le 5 mai 2000, lors du sommet de Lisbonne, le réseau extrajudiciaire européen (Réseau EJE) a été lancé. L'objectif est ici encore de créer un environnement efficace et pratique permettant de renforcer la confiance des consommateurs dans les opérations et le commerce transfrontalier, en particulier dans le secteur du commerce électronique.

Un des constats à la base de la création de ce réseau est que de très nombreux organismes offrent de résoudre les litiges de consommation sans avoir recours à la justice étatique. Ils sont cependant parfois peu connus du grand public dans leur propre pays, encore moins par les consommateurs des autres Etats membres. Il était donc nécessaire de centraliser les informations au sein d'une même institution dans chaque Etat membre, de manière à pouvoir les diffuser plus efficacement et fournir une aide pratique et concrète aux citoyens européens.

Pratiquement, l'idée est de mettre en place une instance nationale unique dans chaque Etat membre, appelée "chambre de compensation" ou "centre d'information ou d'assistance". Cette chambre de compensation est chargée de collecter toutes les informations relatives aux organes de résolution extrajudiciaire qui existent dans l'Etat membre auquel elle appartient. Toutes les chambres de compensation seront reliées entre elles par un réseau, de sorte qu'elles puissent aisément s'échanger les informations entre elles.

Elles pourront ainsi informer le consommateur mécontent des possibilités qui s'offrent à lui pour introduire une plainte auprès d'un organe de résolution extrajudiciaire des litiges à l'encontre d'un professionnel situé dans son propre pays et le cas échéant orienter ce même consommateur vers le ou les organes existant dans un autre pays de l'Union européenne. Si d'autres solutions qu'une procédure formelle (judiciaire ou extrajudiciaire) existent, le centre d'information et d'assistance devra également en informer le consommateur.

<sup>34</sup> Voir le site [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce\\_just/acce\\_just07\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just07_en.html).

<sup>35</sup> Le document de travail de la Commission est disponible à l'adresse : [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce\\_just/acce\\_just06\\_fr.pdf](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just06_fr.pdf).

Une autre mission de ces centres nationaux sera d'aider le consommateur à rédiger la plainte qu'il souhaite introduire ainsi que de l'assister dans la constitution de son dossier.

L'organisation du réseau à l'échelon national est laissée aux Etats membres. Cette organisation doit privilégier la souplesse et la flexibilité de sorte que chaque plainte puisse être traitée de la manière la plus simple et rapide qui soit. La communication des organes extrajudiciaires entre eux (donc sans passer par les centres nationaux) est également encouragée, principalement entre les organes de chaque Etat membre ayant la même sphère de compétence.

Reste à souligner que la Commission n'a pas estimé nécessaire de proposer un instrument communautaire pour lancer le projet, eu égard à son caractère volontariste. Le succès de cette initiative repose donc pour une large part sur le soutien que les Etats membres lui accorderont.

Il convient également de signaler la récente création du réseau FIN-NET, lancé par la Commission européenne en date du 1er février 2001<sup>36</sup>. Ce réseau complète le Réseau EJE et adopte le même mode fonctionnement. Il est cependant axé sur les conflits relatifs aux services financiers. Ce réseau fait l'objet d'un protocole d'accord<sup>37</sup>, qui constitue une déclaration d'intention pour la coopération transfrontalière entre les parties. Ces parties sont énumérées à l'annexe 1 du protocole. Il s'agit des différents organes et institutions existantes qui proposent des ADR dans le domaine des services financiers. On remarquera que le Protocole réaffirme le respect des principes énoncés dans la Recommandation sur les organes de résolution extrajudiciaire des litiges de consommation<sup>38</sup>, celle-ci étant par ailleurs reprise à l'annexe 2. L'objet de la coopération porte sur les plaintes déposées par des consommateurs concernant des services financiers transfrontaliers<sup>39</sup>. Notons enfin que ce Protocole sera éventuellement actualisé en fonction des informations que la Commission recevra des différents organes sur le fonctionnement du réseau.

<sup>36</sup> Voir : [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/fr/finances/consumer/adr.htm](http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/finances/consumer/adr.htm).

<sup>37</sup> Le texte du Protocole et de ses annexes est disponible à la page : [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/finances/consumer/mou-fr.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/finances/consumer/mou-fr.pdf).

<sup>38</sup> Point 4 du Protocole.

<sup>39</sup> Le Protocole ne précise pas ce qu'il faut entendre par les termes "service financier transfrontalier", mais définit au point 2 la notion de "litige transfrontalier". Il s'agit d'un litige opposant un consommateur et un fournisseur de services financiers, le consommateur résidant dans un Etat membre autre que celui dans lequel le fournisseur est établi.

### E. Le droit belge<sup>40</sup>

10. - Les méthodes alternatives de résolution des conflits ne sont pas ignorées par le droit belge. Cependant, si certaines font déjà l'objet d'une réglementation propre, d'autres sont au contraire peu encadrées, se reposant sur certaines institutions existantes pour concrétiser leur aboutissement.

Dès lors que bon nombre des contrats du commerce électronique sont conclus avec des consommateurs, une attention particulière doit également être accordée à la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur<sup>41</sup>, et notamment à ses articles 31 à 33. L'article 32 énumère une liste de clauses abusives, interdites dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, l'objectif étant la protection des intérêts de ce dernier.

#### a. L'arbitrage

11. - L'arbitrage est réglementé en Belgique par les articles 1676 à 1723 du Code judiciaire. La Belgique est également partie à la Convention de New-York du 10 juin 1958 sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, ainsi qu'à la Convention européenne du 21 avril 1961 sur l'arbitrage commercial international.

Seuls peuvent faire l'objet d'une convention d'arbitrage les différends existants ou futurs à propos d'un rapport de droit déterminé *sur lequel il est permis de transiger*<sup>42</sup>.

L'article 1677 dispose en outre que la convention d'arbitrage doit faire l'objet d'un écrit signé des parties, ou encore d'autres documents qui engagent les parties et manifestent leur volonté de recourir à l'arbitrage<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> La présente section n'a pas pour objet de dresser une liste exhaustive des dispositions légales régissant la matière, mais tend seulement à attirer l'attention du lecteur sur les caractéristiques essentielles des principaux mécanismes existant en matière de résolution extrajudiciaire des conflits.

<sup>41</sup> M.B. 29 août 1991.

<sup>42</sup> Article 1676 - 1. du Code judiciaire.

<sup>43</sup> Un courrier électronique signé conformément à l'article 1322 alinéa 2 du Code civil doit pouvoir répondre à cette condition. Rappelons par ailleurs que, selon la Cour de cassation, le juge peut admettre comme preuve d'une convention d'arbitrage un ensemble de documents échangés par les parties, y compris des télex (Cass., 27 octobre 1995, Larrier Cass. n° 1084).

Il convient néanmoins d'être attentif à la directive n° 93-13 C.E.E. du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, qui prévoit que sont abusives, entre autres, *les clauses ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales*. Si la loi belge sur les pratiques du commerce ne reprend pas cette clause dans la liste de l'article 32, il est pourtant concevable qu'en vertu de l'article 31 de la loi, qui dispose que : *Pour l'application de la présente loi, il faut entendre par clause abusive, toute clause ou condition qui, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs clauses ou conditions, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties*, une clause compromissaire qui placerait le consommateur dans une situation particulièrement défavorable par rapport au professionnel pourrait être considérée comme abusive et réputée non écrite<sup>44</sup>.

On notera par ailleurs que le principe de liberté contenu dans la Recommandation de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation prévoit par ailleurs que le consommateur ne peut pas valablement conclure une convention par laquelle il renonce avant la naissance du litige au droit de saisir les juridictions compétentes pour le règlement judiciaire du litige<sup>45</sup>.

D'une manière plus générale, il est probable que la validité du consentement donné par le consommateur relativement à une telle clause sera appréciée plus sévèrement si le signataire est un consommateur<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> On relèvera à cet égard une décision du Juge de paix de Gand du 9 mars 1998, qui prononce la nullité d'une clause compromissaire insérée dans les conditions générales de la Commission des Litiges voyages, auxquelles le contrat de voyage faisait référence. Le juge de paix se fonde sur la lecture combinée de l'article 1, q de la directive européenne du 5 avril 1993 sur les clauses abusives et des articles 1676 et suivant du Code judiciaire, en particulier les articles 1678 alinéa 1 et 1683 alinéa 1. Le juge estime qu'en égard à la composition prédéterminée de la Commission arbitrale, et l'absence de possibilité pour le consommateur de faire valoir son point de vue quant à cette composition, un déséquilibre est créé par la clause compromissaire et celle-ci est donc contraire à l'article 1678 alinéa 1 du Code judiciaire (voir D.C.C.R., 1999, n° 42, p. 59 à 65 et la note de J. SPEYBROUCK). Pour une décision en sens contraire, voir l'arrêt de la Cour d'appel de Mons du 6 juin 2000, dont le sommaire énonce que *La clause par laquelle le voyageur, l'organisateur ou l'intermédiaire de voyage s'engagent à se considérer comme liés par les décisions de la commission de litiges voyages, initiée en 1983 par l'association de consommateurs « test-achat », ne peut être considérée comme abusive*. La Cour estime en l'espèce que cette clause est favorable au consommateur et ne peut dès lors être considérée comme abusive (J.L.M.B., 2001/5, p. 209).

<sup>45</sup> Voir supra.

<sup>46</sup> Voir sur ce point : J. HUET et S. VALMACHINO, *op. cit.*, p. 11.

L'article 1701-6 du Code judiciaire dispose que la sentence de l'arbitre doit être motivée. Sauf si elle est contraire à l'ordre public ou si le litige n'est pas susceptible d'être réglé par la voie de l'arbitrage, la décision rendue par l'arbitre à l'issue de la procédure sera revêtue de l'autorité de chose jugée en vertu de l'article 1703 du Code judiciaire, dès qu'elle aura été notifiée par l'arbitre aux parties et qu'elle ne pourra plus être attaquée devant un arbitre.

La sentence arbitrale ne peut être attaquée que devant le Tribunal de première instance<sup>47</sup>, par la voie de l'annulation, et pour des causes limitativement énumérées par l'article 1704 du Code judiciaire, notamment la contrariété à l'ordre public.

Signalons également que les arbitres peuvent ordonner l'exécution provisoire de leurs sentences, nonobstant appel et sans préjudice des règles relatives au cantonnement<sup>48</sup>. En outre, l'arbitre peut condamner une partie au paiement d'une astreinte, l'article 1709 bis du Code judiciaire précisant que les articles 1385 bis à octies sont d'application mutatis mutandis. Il s'agit là de pouvoirs importants mis à la disposition des arbitres pour assurer l'effectivité de leurs décisions.

L'exécution forcée de la sentence peut être obtenue par la voie de l'exequatur. Lors de cette procédure, le Président du tribunal de première instance, statuant sur requête, confère la force exécutoire à la sentence arbitrale<sup>49</sup>. La partie contre laquelle l'exécution est requise ne peut faire valoir ses observations à ce stade<sup>50</sup>. Elle peut cependant former opposition à la décision accordant la force exécutoire à la sentence dans le mois de la signification qui lui est faite de cette décision<sup>51</sup>.

Malgré une procédure qui peut paraître lourde à certains égards, la pratique a démontré que, pour les litiges de consommation, il était possible de mettre en œuvre des procédures d'arbitrage simples, rapides, peu coûteuses et surtout efficaces, tout en garantissant une protection élevée des droits des parties en litige.

<sup>47</sup> Ou par la voie de l'appel lorsque les parties ont prévu cette possibilité dans la convention d'arbitrage (article 1703-2 C. jud.).

<sup>48</sup> Article 1709 C.j.

<sup>49</sup> Article 1710 du Code judiciaire, qui prévoit en outre que le Président ne rejette la requête que si la sentence ou son exécution est contraire à l'ordre public ou si le litige n'était pas susceptible d'être réglé par la voie de l'arbitrage.

<sup>50</sup> *Idem*.

<sup>51</sup> Article 1712 alinéa 1.

## b. La médiation

12. - La médiation n'a pas encore reçu de consécration législative en tant qu'institution généralisée et autonome. On peut cependant signaler que plusieurs projets et propositions de loi relatifs à la médiation ont déjà été émis<sup>52</sup>. Ainsi la proposition de loi déposée par Monsieur FOURNEAUX envisage notamment, par la modification du Code judiciaire, de créer un socle de règles minimales applicables à la médiation envisagée dans un sens large. Le choix de l'intégration de cette procédure dans le Code judiciaire a été motivé par le souhait que *le Code judiciaire ait vocation à s'appliquer à cette procédure, mais aussi pour en assurer la pleine articulation avec les mécanismes judiciaires (notamment, le titre exécutoire)*<sup>53</sup>.

Le champ d'application de cette réforme est particulièrement large, puisque le nouvel article 1724-1 proposé dispose que *tout conflit peut faire l'objet d'une médiation*. Le contrôle du respect des dispositions d'ordre public ou impératives serait réalisé au moment de la rédaction de l'accord de médiation, donc a posteriori, les parties étant libre d'engager le processus de médiation quels que soient les droits mis en cause. L'auteur de la proposition précise en effet que *la médiation n'a donc pas pour objectif premier la formalisation de droits et obligations; le médiateur est d'avantage appelé à examiner des intérêts que des droits*<sup>54</sup>.

La médiation pourrait intervenir tant avant que pendant le procès<sup>55</sup>, de l'initiative du juge<sup>56</sup> ou de celle des parties, mais toujours avec l'accord de celles-ci<sup>57</sup>.

Cette procédure se voit en outre conférer une efficacité particulière dans la mesure où l'accord de médiation peut être assorti de la force exécutoire sur la base de procédures simples. En effet, si les parties parviennent à un accord, elles ont la possibilité de le soumettre au juge compétent pour faire l'objet d'un procès-verbal de conciliation, conformément à l'article 733 du Code judiciaire<sup>58</sup>. En outre, le § 2 de

<sup>52</sup> Doc. Parl. Chambre, n° 1773/1-2 juillet 1998 (Vandeuren), Doc. Parl. Chambre, 24 février 1999, n° 2119/1 (Duquesne), Doc. Parl. Chambre 1999-2000, n° 155 (Creyff), Doc. Parl. Chambre 1999-2000, n° 479 (Demeyer), Doc. Parl. Chambre, 1999-2000, n° 647 (Fourneaux), Doc. Parl. Chambre 1999-2000, n° 464 (Michel).

<sup>53</sup> Doc. Parl. Chambre, 11 mai 2000, Proposition de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la médiation, n° 647/1, p. 9.

<sup>54</sup> *Idem*, p. 10.

<sup>55</sup> Nouvel article 1728 proposé.

<sup>56</sup> Nouvel article 1732 proposé.

<sup>57</sup> *Idem*.

<sup>58</sup> Nouvel article 1731 - § 1 proposé.

l'article 1732 prévoit que si l'accord de médiation est contresigné par un médiateur avocat, celui-ci peut, à la requête de toutes les parties, en solliciter l'homologation auprès du juge compétent. La procédure suivie pour ce faire est une procédure sur requête unilatérale. L'ordonnance d'homologation a les effets d'un jugement d'accord, ce qui signifie que ce jugement n'est susceptible ni d'appel, ni d'opposition<sup>60</sup>.

C'est lors de la matérialisation de l'accord dans un procès-verbal de conciliation ou dans un jugement d'accord qu'un contrôle de légalité, de régularité et d'opportunité sera exercé par le juge<sup>61</sup>. L'auteur de la proposition justifie le recours à une forme de saisine simplifiée que constitue la requête unilatérale, en cas d'accord contresigné par un avocat, par le fait que celui-ci est tenu par la déontologie et la discipline de son Ordre<sup>62</sup>.

La médiation se présenterait ainsi comme un mode peu formaliste de résolution des litiges, sans pour autant priver les parties de toute garantie, notamment grâce aux obligations qui seraient imposées au médiateur<sup>63</sup> et par le contrôle final que le juge peut être amené à jouer. L'efficacité de la procédure serait par ailleurs renforcée par la rapidité et la simplicité avec laquelle l'accord pourrait être rendu exécutoire.

### c. La conciliation

13. - Méthode très peu formaliste de résolution des conflits, la conciliation, entendue au sens judiciaire du terme, est visée par les articles 731 à 733 du Code judiciaire.

Les parties ou l'une d'entre elles peuvent ainsi demander au juge, préalablement à toute saisine de celui-ci, de tenter de les concilier<sup>64</sup>. La requête en conciliation est particulièrement informelle puisqu'il s'agit généralement d'une simple lettre adressée au juge, ou encore d'une demande verbale adressée au greffier<sup>65</sup>. La conciliation ne pourra néanmoins avoir lieu qu'entre personnes capables de transiger et sur des objets susceptibles d'être réglés par transaction<sup>66</sup>.

<sup>60</sup> Article 1043 du Code judiciaire.

<sup>61</sup> Voir *Doc. Parl. Chambre* 647/1 p. 14.

<sup>62</sup> *Idem*.

<sup>63</sup> Voir les nouveaux articles 1726 et 1727 proposés.

<sup>64</sup> La conciliation peut parfois constituer un préalable obligatoire à une procédure particulière, voir notamment l'article 59 de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire, où la conciliation devant le juge des saisies est imposée avant toute exécution ou saisie immobilière.

<sup>65</sup> Article 732 du Code judiciaire.

<sup>66</sup> Article 731 du Code judiciaire.

Si un accord intervient, celui-ci fera l'objet d'un procès-verbal de conciliation et l'expédition de ce dernier sera revêtue de la formule exécutoire<sup>66</sup>.

Cette méthode présente l'avantage de la gratuité, de la rapidité et d'une grande simplicité. L'intervention d'un juge dans le déroulement de la conciliation assure en outre le respect des dispositions d'ordre public. Enfin, la force exécutoire conférée à l'accord intervenu lui garantit une réelle effectivité.

La faiblesse de la conciliation réside cependant dans la faible étendue des pouvoirs attribués au juge, dont l'impartialité doit rester entière si le litige ne trouve pas de solution amiable et lui est ultérieurement soumis dans le cadre d'une action en justice. Le juge doit donc faire preuve d'une certaine réserve lors de son intervention lors de la conciliation, ce qui peut l'empêcher de jouer pleinement le rôle de conciliateur que la loi lui assigne<sup>67</sup>.

La conciliation peut en outre être entendue dans une optique autre que la procédure décrite dans le Code judiciaire. Elle n'est alors soumise à aucune réglementation particulière et les parties sont libres de donner la solution qu'elles désirent au litige qui les oppose, sauf la violation des dispositions d'ordre public. Elles déterminent entre autres les compétences et fonctions qu'aura le tiers conciliateur<sup>68</sup>. Le recours à la procédure de conciliation prévue par le Code judiciaire pourrait ici intervenir à l'issue du processus, qu'il s'agisse de conciliation ou de médiation, afin de renforcer l'accord des parties et lui conférer force exécutoire<sup>69</sup>, sans pour autant constituer une obligation pour celles-ci.

## 2. LA PROCEDURE JUDICIAIRE CONFRONTÉE AUX EXIGENCES DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE

### A. Création de modes appropriés au commerce électronique

14. - Les opérations conclues par des consommateurs sur Internet portent en général sur des sommes très modiques. De ce fait, le recours aux tribunaux ne

<sup>66</sup> Article 733 du Code judiciaire.

<sup>67</sup> Sur cette question, voir notamment I. BRANDON « L'office du juge dans la conciliation », *J.T.*, 1995, p. 513 et 514.

<sup>68</sup> Ou tiers médiateur, selon l'importance des pouvoirs dont disposera le tiers chargé d'intervenir. Sur la problématique de la définition des termes médiation et conciliation, voir *supra*.

<sup>69</sup> Sur la question de savoir si les parties peuvent encore s'adresser au juge alors qu'un accord est déjà intervenu entre elles, voir G. de LEVAL, « Conclusions » in *La médiation en matière commerciale*, actes du colloque organisé par le Centre de Médiation de l'Ordre des avocats du Barreau de Liège le 1er octobre 1999, ASBL éditions du Jeune Barreau de Liège 2000, p. 187 et 188 et les références.



paraît pas un mode très approprié de résolution des conflits (de même que pour le commerce de détail, dans le monde réel). La justice apparaîtra souvent trop lente et trop coûteuse pour ce type de litige. Les règles relatives aux recours juridictionnels en matière de commerce électronique doivent dès lors être considérées plutôt comme des règles de dernier recours (*last resort or default rules*)<sup>70</sup>.

L'article 18 de la directive du 8 juin 2000 est fort général à ce sujet. Il dispose :

*Les Etats membres veillent à ce que les recours juridictionnels disponibles dans le droit national portant sur les activités des services de la société de l'information permettent l'adoption rapide de mesures, y compris par voie de référé, visant à mettre un terme à toute violation alléguée et à prévenir toute nouvelle atteinte aux intérêts concernés.*

Cet article est explicité par le considérant 52 de la directive : *l'exercice effectif des libertés du marché intérieur nécessite de garantir aux victimes un accès efficace aux règlements des litiges. Les dommages qui peuvent se produire dans le cadre des services de la société de l'information se caractérisent à la fois par leur rapidité et leur étendue géographique. Le considérant conclut à la nécessité de mettre à disposition des justiciables des moyens juridictionnels appropriés.*

Le texte n'est pas plus précis : la balle est donc dans le camp des législateurs nationaux. Une référence est néanmoins faite à la directive 98/27/CE<sup>71</sup> relative aux actions en cessation visant à assurer la protection des intérêts collectifs des consommateurs.

En réalité, il y a lieu de distinguer différents types de conflits susceptibles de naître dans le cadre des services de la société de l'information : des litiges de type contractuel, relatifs à la conclusion ou l'exécution de conventions conclues par le biais d'opérations de commerce électronique et des litiges de type extra contractuel. A l'intérieur de cette seconde catégorie, on peut encore distinguer des litiges relatifs à la réparation d'actes illicites, qui opposent une personne lésée et l'auteur de l'acte générateur du dommage et des procédures tendant à faire respecter, parfois avant même l'apparition de tout dommage, les règles imposées par le droit communautaire et national relatif au commerce électronique et aux services de la société de l'information en général. C'est à cette dernière catégorie

<sup>70</sup> C. KESSEDJIAN, « Commerce électronique et compétence juridictionnelle internationale », *Conférence de La Haye de droit international privé*, doc. préf. n° 12, août 2000, <http://www.hoch.net/it/workprog/jdgm.html>, p. 8.

<sup>71</sup> J.O.C.E. n° L 1666 du 11 juin 1998, p. 51.

qu'on peut rattacher l'action en cessation, telle qu'on la connaît dans notre loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce.

Faut-il dès lors créer différents types de procédures, susceptibles de rencontrer tous les cas de figure de conflits énoncés ci-dessus ? Les procédures « comme en référé », du type de l'action en cessation constituent-elles la panacée pour résoudre les litiges de la société de l'information ? Un examen de la situation existant en Belgique amène à un constat prudent.

15. - Les actions « comme en référé » offrent l'avantage de la rapidité et de l'efficacité : elles bénéficient de la célérité qui s'attache à la procédure de référé (délai de citation abrégé), tout en se voyant reconnaître la même efficacité que les procédures au fond (l'autorité de la chose jugée qui s'attache à la décision du président est identique à celle d'un jugement au fond)<sup>72</sup>. Cependant elles ne peuvent servir à tout. Leur fonction première est de *pouvoir rapidement à des situations conflictuelles par le prononcé de mesures diverses, prenant le plus souvent la forme d'injonctions négatives ou positives susceptibles de mettre immédiatement fin à un comportement répréhensible (voire même de le prévenir), indépendamment de toute allocation de dommages-intérêts compensatoires d'un éventuel préjudice subi*<sup>73</sup>. Elles sont incompatibles avec des litiges contractuels<sup>74</sup>, de même qu'avec des actions en responsabilité<sup>75</sup>. On peut y trouver plusieurs raisons. D'une part, multiplier les procédures « comme en référé » risque d'encombrer les présidents et faire perdre le bénéfice d'une procédure accélérée<sup>76</sup>. D'autre part, il ne serait pas tolérable de faire trancher des questions parfois complexes et délicates dans le cadre d'une procédure dont la célérité intrinsèque ne permet pas toujours un examen approfondi de la cause<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> G. CLOSSET-MARCHAL, « Eléments communs aux procédures 'comme en référé' », in *Le développement des procédures 'comme en référé'*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 17 s ; V. d'HUART & A.F. HONHON, « La procédure », in *Les pratiques du commerce*, C.U.P., vol. XVI, 1997, p. 47 s., spéc., p. 67.

<sup>73</sup> J. VAN COMPERNOLLE, « La rançon d'un succès : le développement des procédures 'comme en référé' », in *Le développement des procédures 'comme en référé'*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 207 s., n° 3.

<sup>74</sup> Cass., 25 nov. 1943, *Pas.*, 1944, I, 70 et 72 ; V. d'HUART & A.F. HONHON, *op. cit.*, p. 75 ; A. de CALUWE, A.C. DELCORDE & X. LEURQUIN, *Les pratiques du commerce*, Bruxelles, Larcier, 2e éd., 1991, n° 36.21 s.

<sup>75</sup> Ainsi, pour ce qui est de l'action en cessation instituée par la loi sur les pratiques du commerce, la jurisprudence de la Cour de cassation est constante pour affirmer que les demandes en dommages-intérêts (autres que celles tendant à sanctionner les actions téméraires et vexatoires) ne sont pas de la compétence du président du tribunal de commerce siégeant comme en référé : Cass., 16 nov. 1973, *Pas.*, 1974, I, 295 ; Cass., 15 déc. 1978, *Pas.*, 1979, I, 460 ; Arr. Namur, 12 sept. 1994, *J.T.*, 1995, 85.

<sup>76</sup> J.-J. EVRARD, « Les pouvoirs du juge et le respect de l'ordre de cessation », *Ing. Cons.*, 1978, p. 347.

<sup>77</sup> J.F. van DROOGHENBROECK, « La nature et le régime de la compétence exercée 'comme en référé'. L'exemple de l'action en dommages et intérêts », *J.T.*, 1996, p. 555.



Alors, quel est le domaine de prédilection de l'action « comme en référé » ? Soit la défense de certains droits subjectifs<sup>78</sup>. Ces actions sont alors « individualisées » : elles ne sont ouvertes qu'à la personne dont les droits ont été ou risquent d'être mis en cause<sup>79</sup>. Soit il s'agit d'une forme de contentieux de la légalité<sup>80</sup> : le président est alors invité à dresser, avec autorité de chose jugée, un constat d'infraction (ou de menace d'infraction) à une norme d'intérêt général et, par voie de conséquence, à comminer les injonctions positives ou négatives nécessaires pour qu'il y soit mis fin dans les plus brefs délais<sup>81</sup>. Ce sont les hypothèses les plus fréquentes<sup>82</sup>. Dans cette hypothèse, aux côtés de la personne lésée (un professionnel ou un simple consommateur...), la loi reconnaît souvent un droit d'action à des autorités publiques (le ministre concerné, la Commission bancaire et financière...) ou à des organisations ayant pour but la défense des intérêts collectifs pris en considération<sup>83</sup>. La représentation des intérêts collectifs des consommateurs est d'ailleurs au centre de la directive du 19 mai 1998. Celle-ci prévoit que les actions en cessation doivent pouvoir être introduites par des « entités qualifiées » et que, pour faciliter la répression des infractions infracommunautaires, les entités qualifiées doivent pouvoir aussi agir dans d'autres Etats membres. Pour éviter toute discussion sur l'identification des organismes habilités dans chaque pays, l'article 4 de la directive prévoit qu'une liste des entités qualifiées dans chaque Etat membre sera publiée au Journal Officiel et actualisée tous les six mois.

Le droit d'action reconnu aux consommateurs et aux groupements qui les représentent a toutefois montré ses limites. Pour ce qui est du consommateur individuel, le débat déborde fréquemment dans le domaine contractuel et la

<sup>78</sup> Loi du 4 mars 1977, prévoyant l'exercice d'un droit de réponse en matière audiovisuelle ; loi du 8 décembre 1992 sur la protection de la vie privée ; loi du 19 mars 1991 portant un régime de licenciement particulier pour les délégués du personnel aux conseils d'entreprise et aux comités de sécurité, d'hygiène et d'embellissement des lieux de travail, ainsi que pour les candidats délégués du personnel...

<sup>79</sup> J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, n° 6.

<sup>80</sup> On a pu parler d'action de nature « quasi pénale » : J. LAENENS, « Gerechtelijke controle van de handelsgebruiken : grenzen en perspectieven », in *Pratiques du commerce & information et protection du consommateur*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 267.

<sup>81</sup> J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, n° 7.

<sup>82</sup> Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et la protection du consommateur ; loi du 1er juillet 1999 sur la protection de la concurrence économique ; loi du 2 mars 1989, relative à la publicité des participations importantes dans les sociétés cotées en bourse et réglementant les offres publiques d'acquisition ; loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers ; loi du 22 mars 1993 relative au statut et contrôle des établissements de crédit en droit financier ; loi du 12 juin 1991 en matière de crédit à la consommation ; loi du 21 octobre 1992 relative à la publicité trompeuse en ce qui concerne les professions libérales ; loi du 12 janvier 1993 concernant un droit d'action en matière de protection de l'environnement...

<sup>83</sup> G. CLOSSET-MARCHAL, *op. cit.*, n° 27.

cessation du comportement délictueux est insuffisante pour lui donner satisfaction<sup>84</sup>. Le consommateur désire alors obtenir aussi l'annulation de la convention conclue irrégulièrement, ou encore l'indemnisation du dommage qui découle de cette irrégularité. Pour ce qui est des associations représentatives des consommateurs, le problème est plus complexe. T. BOURGOIGNIE a esquissé un inventaire des raisons qui peuvent dissuader de tels groupements d'agir en justice et plusieurs de ces motifs paraissent bien transposables en matière de commerce électronique<sup>85</sup> :

- caractère éphémère des comportements dont la cessation peut être demandée. Ce qui vaut en matière de pratiques du commerce vaut particulièrement en matière de commerce électronique : quoi de plus éphémère que les comportements infractionnels supportés par des pages web, susceptibles d'être modifiées d'un jour à l'autre,
- difficultés liées à l'administration de la preuve requise pour démontrer l'infraction. Ce point est également lié au précédent.
- réticence des organisations de consommateurs d'investir leurs ressources et d'engager leur crédibilité à propos d'actes ponctuels plutôt que de questions de principe<sup>86</sup>.

16. - En conclusion, faut-il modifier fondamentalement le système procédural belge pour l'adapter aux exigences du commerce électronique ? Nous ne le pensons pas, pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, il existe déjà un instrument à disposition du consommateur. En effet, la loi du 25 mai 1999, modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, a transposé dans notre droit la directive du 20 mai 1997 sur la protection des consommateurs en matière de contrat de vente à distance<sup>87</sup>. L'article 95 de la loi sur les pratiques du commerce, qui institue l'action en cessation, s'applique pour toute violation de la loi. Il s'ensuit que toute la réglementation du contrat à distance, fort importante en matière de commerce électronique, est déjà susceptible d'être sanctionnée par une action en cessation.

<sup>84</sup> T. BOURGOIGNIE, « L'action en cessation dans les lois du 14 juillet 1991 et du 12 juin 1991 et la mise en œuvre du droit de la consommation : un succès bien illusoire », in *Le développement des procédures 'comme en référé'*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 37 s., spéc. p. 57.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>86</sup> On peut sans doute ranger dans la catégorie des procès de principe la très médiatique affaire « Yahoo ! », dont il sera question plus loin. Il s'agissait d'une procédure en référé ordinaire, initiée par deux associations, la LICRA (Ligue Internationale Contre le Racisme et l'Antisémitisme) et l'UEJF (Union des Etudiants Juifs de France).

<sup>87</sup> Directive 97/7CE, J.O.C.E., L, 4 juin 1997, p. 144.

Cela dit, les dispositions réglementaires nouvelles, qui assureront la transposition en droit belge de la directive sur le commerce électronique pourront éventuellement être sanctionnées par une action « comme en référé ».

Ensuite, les limites des actions « comme en référé » ont été exposées plus haut et il n'apparaît pas opportun de les faire déborder de leur champ d'application naturel pour les transposer en matière contractuelle ou quasi délictuelle. Pour obtenir l'annulation d'une convention ou la réparation d'un dommage contractuel ou extra-contractuel, il nous semble que le consommateur devra toujours passer par la procédure traditionnelle au fond.

Dès lors, c'est plus largement l'inadaptation du système judiciaire global à la société de l'information qui est en cause. En effet, le justiciable qui souhaite obtenir une décision rapide sur un litige induit par la société de l'information risque fort d'être échaudé par les délais de mise en état devant certaines juridictions. À cet égard, l'effort d'imagination devra porter essentiellement soit sur l'accélération de la procédure en justice en général, soit sur le développement de procédures alternatives de résolution des conflits, selon le vœu même de la directive. Nous avons déjà évoqué les modes alternatifs de résolution des conflits. Le problème de l'informatisation de la procédure sera abordé dans la seconde partie de ce rapport.

## B. Problème de compétence internationale

17. - Quelle que soit la solution apportée au choix des procédures les plus appropriées, des problèmes de compétence internationale vont rapidement apparaître. En effet, la société de l'information se caractérise par son aspect mondial et, dans la grande majorité des cas, les sociétés impliquées dans le commerce électronique auront leur principale implantation dans un Etat autre que la Belgique. La question de la détermination de la juridiction compétente se pose donc de manière cruciale. La directive sur le commerce électronique ne contient aucune disposition spécifique sur ce point et n'entend pas déroger aux dispositions traitant de la compétence des tribunaux<sup>90</sup>.

Comme dans beaucoup d'autres domaines du droit, l'informatique révèle le caractère inadéquat des concepts juridiques traditionnels, et notamment, dans cette matière, des critères de rattachement classiques. Tout d'abord, il faut observer qu'Internet n'est pas un « espace » particulier<sup>91</sup>. Les localisations physiques qui

<sup>90</sup> Considérant 23.

<sup>91</sup> G. KAUFFMANN-KOHLER, « Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la

apparaissent à l'occasion de l'usage d'Internet (lieu à partir duquel une page web est chargée ou lieu d'envoi d'un message électronique...) peuvent être fortuites (ordinateur portable) ou sans pertinence (emplacement d'un serveur simplement chargé d'acheminer l'information)<sup>92</sup>. Par opposition, le monde judiciaire est cloisonné en ordres juridiques distincts :

*Les réseaux mettent instantanément en contact un nombre illimité de personnes qui, en l'absence d'un tel moyen de communication, ne se rencontreraient pas. Or, lors de la sanction d'un délit, l'instantanéité et l'ubiquité s'effacent ; les distances et les frontières reparaissent. Quel que soit son contenu, la règle classique de conflits de juridiction est inapte à surmonter cette rupture des échelles<sup>93</sup>.*

Quoiqu'il en soit, l'exposé qui suit va faire l'inventaire des règles qui s'offrent au juriste pour déterminer la juridiction compétente pour trancher les litiges de la société de l'information. L'examen de la doctrine publiée à ce sujet laissera sans doute le lecteur perplexe : il pose plus de questions qu'il n'apporte de réponses...

## a. Solutions à l'égard des Etats de l'Union européenne

18. - À l'intérieur de l'Union européenne, les problèmes de compétence sont résolus par la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968<sup>94</sup>. Cette convention est toujours applicable à l'heure actuelle mais sera remplacée, à compter du 1er mars 2002, par le règlement du Conseil 44/2001 du 22 décembre 2000<sup>95</sup>. Tous les pays de l'Union l'ont ratifiée, à l'exclusion du Danemark, à l'égard duquel la Convention de Bruxelles restera applicable. Bon nombre de dispositions, tant de la convention de Bruxelles que du règlement de décembre 2000, sont applicables aux litiges induits par la société de l'information et les deux textes devront être lus en

résolution des litiges ? », in Internet – Which Court decides ? – Which law applies ?, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 1998, p. 89 s., spéc. p. 91., qui relève que le mot 'cyberespace' est à cet égard très mal choisi : Internet est un mode de communication et non un lieu. Voir aussi : F. L. STREET & M. P. GRANT, *Law of the Internet*, Charlottesville, Lexis Law Publishing, 2000, p. 279. Contra : JOHNSTON & POST, cités par B. DEPOORTER, « Het internationaal privaatrechtelijk probleem op Internet : bevoegde rechter », in Telecom & Internet, Gent, Mys & Breesch, 1999, p. 391 s., spéc. p. 407.

<sup>92</sup> G. KAUFFMANN-KOHLER, *op. cit.*, p. 112. Pour plus de développements (notamment techniques) voir : B. DEPOORTER, *op. cit.*, p. 401 s.

<sup>93</sup> G. KAUFFMANN-KOHLER, *op. cit.*, p. 118.

<sup>94</sup> Approuvée par la loi du 13 janvier 1971, M.B. 31 mars 1971. Les quinze pays ont adhéré à la convention la convention d'adhésion de l'Autriche, la Suède et la Finlande, datée du 29 novembre 1996, quoique en vigueur dans certains Etats membres de l'Union européenne, n'a pas encore été ratifiée par la Belgique. À l'égard de ces trois pays, le juge belge, dans l'attente de l'entrée en vigueur du règlement du 22 décembre 2000, devra appliquer la convention de Lugano (cf. *infra*).

<sup>95</sup> J.O.C.E. n° L 12 du 16 janvier 2001.

parallèle. La problématique du commerce électronique a figuré en bonne place des débats qui ont précédé l'adoption de ce règlement. En particulier, le Parlement et la Commission se sont retrouvés dans des positions antagonistes, le premier reflétant plutôt l'opinion des entreprises et la seconde relayant la position des consommateurs. Compte tenu de l'émoi que la proposition de directive avait soulevé dans les milieux professionnels, la Commission a d'ailleurs organisé une consultation générale de tous les milieux concernés les 4 et 5 novembre 1999<sup>94</sup>.

19. - Le principe général – il est identique dans la convention et le règlement – est le suivant :

- les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat contractant (membre)<sup>95</sup> peuvent être attirées devant les tribunaux de cet Etat contractant (membre), quelle que soit leur nationalité (conv. et règl. – art. 2),
- les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat contractant (membre) peuvent être attirées devant les tribunaux d'une autre Etat contractant (membre) en respectant les règles de la convention (du règlement) (conv. et règl. – art. 3),
- pour les défendeurs qui ne sont pas domiciliés sur le territoire d'un Etat contractant (membre), la compétence est réglée par la loi de cet Etat contractant (membre). (conv. et règl. – art. 4).

Le critère du domicile est donc récurrent dans ces dispositions. Son application n'est pas aisée dans les litiges de la société de l'information. En effet, le prestataire de services n'a pas toujours la possibilité de contrôler la localisation des visiteurs de son site. D'autre part, l'internaute peut aussi éprouver beaucoup de difficultés à identifier les personnes physiques ou morales qui se cachent derrière les pages web et à déterminer leur lieu d'implantation<sup>96</sup>. La directive sur le commerce électronique devrait simplifier la question en obligeant les prestataires de services à indiquer sur leur site leur adresse géographique ainsi que leur nom et leurs coordonnées (art. 5 § 1). En principe, un simple serveur ne pourrait être considéré comme un domicile<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> Les documents adressés à la Commission à cette occasion par les différents protagonistes sont accessibles sur Internet à l'adresse : <http://europa.eu.int/comm/scic/conferences/991104/contributions.doc>. Le recueil est intitulé : *Hearing on electronic commerce : jurisdiction and applicable law. Position papers submitted to the European Commission.*

<sup>95</sup> La convention parle d'Etat contractant et le règlement parle d'Etat membre (de l'Union européenne).

<sup>96</sup> B. DEPOORTER, *op. cit.*, p. 403.

<sup>97</sup> T. VERBIEST & E. WERY, *Le droit de l'Internet et de la société de l'information*, Bruxelles, Larcier, 2001, n° 918.

### I Litiges contractuels – non-consommateurs

20. - Dans le cadre de relations contractuelles entre professionnels (business to business – B to B), il est possible d'appliquer l'article 5, 1 de la convention ou du règlement, qui précise que les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat contractant (membre) peuvent être attirées devant les tribunaux d'une autre Etat contractant (membre), devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée.

Dans le cadre de la convention de Bruxelles, la Cour de Justice des Communautés européennes, chargée de l'interprétation de la convention, a rendu de nombreux arrêts précisant la manière de déterminer le lieu d'exécution de cette obligation. Le cheminement est complexe et parfois tortueux :

- l'arrêt De Bloos<sup>98</sup>, qui décide que le terme « obligation » vise l'obligation contractuelle qui sert de base à l'action judiciaire,
- l'arrêt Shenavai<sup>99</sup>, qui précise que, pour les contrats autres que le contrat de travail, dans le cas de pluralité d'obligations litigieuses, la compétence du tribunal est déterminée par le lieu d'exécution de l'obligation principale,
- l'arrêt Groupe Concorde<sup>100</sup>, qui décide que la détermination de l'obligation principale se fait selon la loi désignée par les règles de conflit du for,
- l'arrêt Tessili<sup>101</sup>, qui décide que le lieu d'exécution de l'obligation litigieuse se détermine également conformément au droit applicable à cette obligation en vertu des règles de conflit du for,
- l'arrêt Leathertex<sup>102</sup>, qui décide que, lorsque les obligations en litige doivent être considérées comme équivalentes (il n'est pas possible de dégager une obligation principale), le litige doit être démembré et chaque obligation en litige devra être tranchée par le juge national compétent en fonction de son lieu d'exécution.

<sup>98</sup> C.J.C.E., 6 octobre 1976, *J.B.C.*, 1977, 329.

<sup>99</sup> C.J.C.E., 15 janvier 1987, *J.T.*, 1987, 364.

<sup>100</sup> C.J.C.E., 28 septembre 1999, *Rec.*, 6342. A partir du mois de juin 1997, on trouve aussi les arrêts de la Cour de justice sur le site de la Cour : <http://europa.eu.int/cj/fr/juris/index.htm>.

<sup>101</sup> C.J.C.E., 6 octobre 1976, *J.B.C.*, 1977, 303.

<sup>102</sup> C.J.C.E., 5 octobre 1999, *R.D.C.*, 2000, 170.

21. - Ces règles restent applicables sous l'empire du règlement. Toutefois, celui-ci introduit deux innovations importantes (art. 5b) :

- pour la vente de marchandises, le lieu d'exécution de l'obligation en litige est le lieu d'un Etat membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont ou auraient dû être livrées,
- pour la fourniture de services, le lieu d'exécution de l'obligation en litige est le lieu d'un Etat membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis.

Pour le contrat de vente et le contrat d'entreprise, le règlement a donc considérablement simplifié la recherche du tribunal compétent en reprenant le critère du lieu d'exécution de l'obligation caractéristique du contrat<sup>106</sup>. La grande majorité des contrats conclus dans le cadre du commerce électronique rentreront dans ces catégories, de telle sorte que le règlement aura une influence tout à fait favorable sur la résolution des problèmes de compétence internationale dans ces matières. Ces règles nouvelles sont d'autant plus opportunes que la jurisprudence traditionnelle de la Cour de justice risque de mener à des impasses. En particulier, le lieu du paiement, qui pouvait être important pour déterminer le lieu d'exécution d'une obligation quérable, devient plus difficile à identifier vu la dématérialisation des paiements réalisés sur Internet<sup>107</sup>.

Cela étant, si ces règles sont adaptées aux contrats exécutés hors réseau, elles le sont moins pour les contrats conclus et exécutés en ligne. En effet, la distinction traditionnelle entre produits et services ne correspond à aucune réalité pour les transactions électroniques<sup>108</sup>. Ce qui s'échange sur le réseau consiste

<sup>106</sup> Qui est le critère de détermination de la loi applicable, en vertu de l'article 4 de la convention de Rome du 19 juin 1980 et également le critère retenu par la Cour de justice pour la détermination de la compétence en matière de contrat de travail : arrêt Ivenel : C.J.C.E., 26 mai 1982, R.C.D.I.P., 1983, 116.

<sup>107</sup> G. KAUFFMANN-KOHLER, *op. cit.*, p. 132. Voir à ce sujet : G. BEAURE D'AUGERES, P. BREESE & S. THUILLIER, *Paiement numérique sur Internet*, Paris, International Thompson Publishing, 1997 ; B. BRUN, « Les mécanismes de paiement sur Internet », *Juriscom.net*, 1999, <http://www.juriscom.net/universite/doctrine/article5.htm> ; J.P. BUYLE, « Le paiement sur Internet », *J.T.*, 2001, p. 129 s. ; B. DE VOS, « Juridische aspekten van bankieren op Internet », *R.W.*, 1997-1998, p. 689 ; L. ROLIN JACQUEMYNS, « Payer par Internet aujourd'hui : le choix du système adéquat », *Ubiquité*, 2000/7, p. 91 s. ; M. VERGOTTE, « Elektronisch betalen via Internet », in *Telecom & Internet*, Gent, MYS & Breesch, 1999, p. 287 s. ; T. VERBIEST & E. WERY, *op. cit.*, n° 585 s. ; L. CORNELIS & P. GOETHALS, « Contractuele aspecten van e-commerce », in *Le droit des affaires en évolution - le commerce électronique*, Bruxelles, Bruylant - Kluwer, 1999, p. 1 s., spéc. p. 41 s.

<sup>108</sup> C. KESSEDJIAN, *op. cit.*, p. 5. Quoique ce document concerne le projet de convention internationale préparé par la Conférence de La Haye, les réflexions qu'il contient sont néanmoins aisément transposables en droit communautaire, le texte de la convention en projet étant très proche sur de nombreux points du texte du règlement du Conseil du 22 décembre 2000.

essentiellement en informations et la fourniture de ces informations peut s'assimiler à un service. La directive sur le commerce électronique définit d'ailleurs les « services de la société de l'information » de manière assez large<sup>109</sup>. En règle, c'est donc le juge du lieu où ont été reçues les données téléchargées qui serait compétent et non le juge du lieu depuis lequel elles ont été envoyées<sup>107</sup>.

La détermination de la localisation des parties est également fort importante à cet égard : le commerçant doit pouvoir préciser où s'exécute l'obligation de fournir des marchandises ou des services pour déterminer à l'avance le tribunal compétent. L'identification des parties en ligne peut parfois poser des difficultés à cet égard et il importe que le fournisseur de services demande à son cocontractant tous les renseignements utiles pour déterminer sa localisation.

La convention et le règlement (art. 5,5) prévoient également un for compétent pour l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement : il s'agit du tribunal du lieu de leur situation. Peut-on considérer qu'un site Internet est assimilable à un établissement ou une succursale ? En principe, non. La réponse figure en toutes lettres dans la directive sur le commerce électronique : *le lieu d'établissement d'une société fournissant des services par le biais d'un site Internet n'est pas le lieu où se situe l'installation technologique servant de support au site ni le lieu où son site est accessible, mais le lieu où elle exerce son activité économique*<sup>108</sup>.

22. - La convention et le règlement valident par ailleurs les clauses de prorogation de compétence (conv. art. 17 – règl. art. 23). Il faut et il suffit qu'elles obéissent aux exigences formelles suivantes :

- une des parties au moins doit être domiciliée dans le territoire d'un Etat contractant (membre),
- la clause doit attribuer compétence aux juridictions d'un Etat contractant (membre),

<sup>109</sup> Considérant 18 : ils « englobent un large éventail d'activités économiques qui ont lieu en ligne. Ces activités peuvent consister, en particulier, à vendre des biens en ligne. (...) Les services de la société de l'information ne se limitent pas exclusivement aux services donnant lieu à la conclusion de contrats en ligne, mais, dans la mesure où ils représentent une activité économique, ils s'étendent à des services qui ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent, tels que les services qui fournissent des informations en ligne ou des communications commerciales, ou ceux qui fournissent des outils permettant la recherche, l'accès et la récupération des données. Les services de la société de l'information comportent également des services qui consistent à transmettre des informations par le biais d'un réseau de communication, à fournir un accès à un réseau de communication ou à héberger des informations fournies par un destinataire de services. »

<sup>107</sup> T. VERBIEST & E. WERY, *op. cit.*, n° 928.

<sup>108</sup> Considérant 19.

- la clause doit être conclue :

- a) par écrit ou verbalement avec confirmation écrite<sup>109</sup>, ou
- b) sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles, ou
- c) dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée.

L'expression « par écrit » a attiré l'attention de la doctrine, compte tenu des incertitudes qui entourent le statut du document électronique. Certains auteurs, doutant de la possibilité d'assimiler de tels documents à des écrits, suggèrent de doubler le contrat électronique par un contrat papier – ce qui ferait perdre à la transaction électronique une partie de son intérêt<sup>110</sup>. Cependant, la souplesse dont la Cour de justice a fait preuve dans l'interprétation de la condition de l'écrit devrait permettre de dépasser les difficultés<sup>111</sup>. A cet égard, le règlement (art. 23 in fine) aplanit les difficultés en précisant que *toute transmission par voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite*. Indépendamment de la manière dont la question a évolué en droit belge (voir infra), cette disposition permet de dépasser le cadre strict de l'écrit sur papier en se focalisant uniquement sur la durabilité de l'information.

La référence aux usages admis dans le commerce international<sup>112</sup> sera peut-être aussi la base sur laquelle pourrait se développer une sorte de *lex electronica*, qui permettrait de valider des clauses d'élection de for qui ne répondraient pas aux autres critères de l'article 17<sup>113</sup>.

<sup>109</sup> Le projet de convention de La Haye reprend assez fidèlement cette disposition en remplaçant toutefois la « confirmation écrite » par « tout autre moyen de communication qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement » (art. 4).

<sup>110</sup> N. BRAULT, « Le juge du (plus) for (il) peut-il faire sa loi sur l'Internet ? La compétence judiciaire internationale dans les litiges relatifs aux services sur les réseaux », in *Le droit communautaire et les réseaux de télécommunication : La protection des consommateurs et des entreprises dans la société de l'information*, Köln, Bundesanzeiger, 2000, p. 213 s., spéc. p. 216 ; G. KAUFFMANN-KOHLER, *op. cit.*, p. 127 ; T. VAN OVERSTRAETEN, « Droit international privé et Internet », *Cah. jur.*, 1998, p. 38 s., spéc. p. 41.

<sup>111</sup> T. VERBIEST & E. WERY, *op. cit.*, n° 921.

<sup>112</sup> Concept explicité récemment par la Cour de justice dans l'arrêt « Gravières Rhénanes » : C.J.C.E., 20 février 1997, *Rec.*, 911. Pour un commentaire, voir : N. WATTE, A. NUYS & H. BOULARBAH, « Chronique – la convention de Bruxelles », *J.T. dr. eur.*, 1998, p. 80 s., n° 22.

<sup>113</sup> B. DEPOORTER, *op. cit.*, p. 405 ; G. KAUFFMANN-KOHLER, *op. cit.*, p. 126 ; T. VERBIEST & E. WERY, *op. cit.*, n° 921.

## II Litiges contractuels – consommateurs

23. - Les règles des articles 2 et 5 de la convention et du règlement constituent en quelque sorte le droit commun. Toutefois, dans certaines matières, les textes y dérogent par des dispositions considérées comme impératives. Il en va ainsi pour les contrats conclus par des consommateurs. Ces dispositions forment les articles 13 à 15 de la convention et 15 à 17 du règlement.

Le consommateur est considéré comme toute personne qui conclut une convention pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle (conv., art. 13 – règl., art. 15). C'est donc le but poursuivi qui distingue le consommateur plutôt que son activité<sup>114</sup>. Cela crée une incertitude pour le commerçant, qui n'est en principe pas en mesure de déterminer, sauf information particulière qui lui serait transmise à ce sujet, la finalité poursuivie par son cocontractant. Cette question est cependant importante car les solutions, au niveau de la détermination de la compétence des juridictions, sont différentes suivant le statut de la personne qui recourt aux services de la société de l'information.

Par ailleurs, ces dispositions ne s'appliquent pas à n'importe quel type de contrat. Sont seuls visés :

- les ventes à tempérament d'objets mobiliers corporels,
- les prêts à tempérament ou opérations de crédit assimilées,
- une troisième catégorie, dont la définition va faire l'objet d'après discussions dans le cadre de l'adoption du règlement. Selon la convention, sont aussi visés tous les contrats ayant pour objet la vente d'objets mobiliers corporels ou la fourniture de services si (a) la conclusion du contrat a été précédée d'une offre ou d'une publicité dans l'Etat du domicile du consommateur et (b) que les actes nécessaires à la conclusion du contrat aient été accomplis dans cet Etat. Est seul protégé le consommateur « passif »<sup>115</sup>, « qui ne s'aventure pas hors de chez lui »<sup>116</sup> :

<sup>114</sup> On retrouve une définition similaire dans la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente et la convention de La Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises. Les travaux de la convention de La Haye sur la compétence judiciaire vont dans le même sens. Voir : P. NYGH et F. POCAR, « Rapport de la commission spéciale », Conférence de La Haye de droit international privé, doc. prélim. n° 11, Erreur! Signet non défini.

<sup>115</sup> B. DEPOORTER, *op. cit.*, p. 398 ; M. PERTEGAS SENDER, « Les consommateurs internautes face au nouveau droit de la procédure internationale : du régime conventionnel au régime communautaire », *J.T.*, 2001, p. 191 s., n° 3.

<sup>116</sup> G. KAUFFMANN-KOHLER, *op. cit.*, p. 135.

il doit être l'objet de sollicitations préalables du commerçant et (les conditions sont cumulatives) il doit commander depuis l'Etat de son domicile.

Dans le cadre de contrats en ligne, ces deux règles n'ont plus beaucoup d'objet et ne constituent plus des critères de rattachement précis. La simple visualisation de l'offre publiée sur le site du commerçant suffit-elle pour que l'on considère qu'une publicité ou une offre ont été réalisées dans l'Etat du domicile du consommateur ? Faut-il considérer que la diffusion de l'offre est alors universelle et désigne tous les pays où elle est accessible ou, au contraire, ne désigne aucun Etat en particulier ? Certains auteurs suggèrent que le comportement du commerçant soit plus actif que la simple création d'un site : il faudrait une publicité davantage dirigée vers le consommateur, par exemple, par des bannières<sup>117</sup>. D'autres signalent que, techniquement parlant, le fait de « visiter » un site web suppose un comportement actif de la part du consommateur<sup>118</sup>. Des problèmes de preuve vont également surgir quant à la preuve de la réception d'une offre ou d'une publicité : si le consommateur peut assez facilement conserver la preuve d'un courrier électronique reçu (notamment un *spam*<sup>119</sup>) en l'enregistreur, comment prouver l'existence d'une bannière déterminée, lorsque le contenu de celle-ci change à chaque connexion<sup>120</sup> ? Par ailleurs, sur Internet, il est assez difficile de déterminer où l'acceptation du consommateur s'est exprimée<sup>121</sup>. Il serait en outre absurde de limiter la protection aux consommateurs qui opèrent chez eux tandis que ces mêmes consommateurs pourraient opérer de n'importe quel lieu à condition d'avoir accès à une connexion Internet<sup>122</sup>.

24. - Le règlement va considérablement assouplir ces règles : il suffit désormais que le commerçant, qui n'exerce pas son activité dans l'Etat du domicile

<sup>117</sup> Une bannière est un bandeau publicitaire qui apparaît à l'écran, dans un espace qui lui est réservé, lors de la visite de certains sites. Il s'agit en réalité d'un lien hypertexte qui mène directement sur le site de l'annonceur. La technique publicitaire est assez subtile car le contenu de la bannière s'adapte souvent à ce que le système permet de connaître de la personnalité de l'internaute.

<sup>118</sup> M. PERTEGAS SENDER, *op. cit.*, n° 6.

<sup>119</sup> B. DEPOORTER, *op. cit.*, p. 398 : le serveur qui héberge le site ne fait que répondre à une requête adressée par l'internaute, par l'intermédiaire de son logiciel de navigation.

<sup>120</sup> Le *spamming* consiste à inonder les boîtes aux lettres électroniques de milliers ou de millions d'internautes avec des offres ou des publicités non sollicitées.

<sup>121</sup> N. BRAULT, *op. cit.*, p. 216 ; T. VERBIEST & E. WERY, *op. cit.*, n° 974.

<sup>122</sup> S. FRANCO, « Internet, un monde sans frontières ? La loi applicable aux contrats conclus sur Internet », *Ubiquité*, 2000/7, p. 47 s., spéc. p. 55. Les considérations de l'auteur relativement à la détermination de la loi applicable sont parfaitement transposables à la détermination de la juridiction compétente, les critères figurant dans la convention de Bruxelles et la convention de Rome étant identiques sur ce point.

<sup>123</sup> M. PERTEGAS SENDER, *op. cit.*, n° 7.

du consommateur, dirige ses activités vers cet Etat ou plusieurs Etats, dont celui du domicile du consommateur, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités.

On voit bien que le règlement élargit le champ d'application en ce qu'il ne parle plus de contrats de fournitures de biens corporels et de services. Une fourniture de logiciel ou de fichiers informatiques pourrait désormais être visée. Par ailleurs, il n'est plus nécessaire qu'une publicité soit faite dans l'Etat du domicile du consommateur et que celui-ci manifeste son acceptation dans cet Etat : il suffit que l'activité du commerçant soit, entre autres, dirigée vers l'Etat du consommateur. Ces mots « dirigée vers » sont au centre de la controverse. Le simple fait que le site web du fournisseur soit accessible dans le pays du consommateur (comme dans le reste du monde) suffit-il pour que l'activité du fournisseur soit dirigée vers le pays du consommateur ? La crainte des entreprises opérant sur Internet est évidemment de devoir supporter le risque de procédures introduites devant n'importe quelle juridiction de l'Union européenne, du seul fait que leur site est accessible n'importe où. Cette préoccupation apparaît légitimée par la Cour de justice, qui considère que l'article 5 de la convention de Bruxelles, doit être interprété de manière telle qu'il permette à un défendeur normalement bien informé de prévoir raisonnablement les tribunaux, autres que ceux de l'Etat de son domicile, devant lesquels il peut être assigné<sup>124</sup>. Or, une des particularités du commerce en ligne est qu'il demande peu de moyens, comparé au commerce international classique, et que l'on a dès lors assisté à l'efflorescence d'entreprises de petite dimension. Celles-ci déclarent ne pas pouvoir supporter la charge financière de litiges au quatre coins de l'Europe, sans avoir pu assumer volontairement ce risque en dirigeant leur activité de manière préférentielle vers tel ou tel Etat<sup>125</sup>.

L'exposé des motifs de la proposition de règlement élaborée par la Commission n'est pas très explicite à cet égard<sup>126</sup>. Il énonce : *ce concept d'activité dans ou dirigé vers l'Etat du domicile du consommateur a pour objet de rendre clair que le point 3 s'applique au contrat de consommation passé par un site Internet interactif accessible dans l'Etat du domicile du consommateur. Le simple fait que le consommateur ait pris connaissance d'un service ou de la possibilité d'acheter des marchandises via un site Internet passif accessible dans l'Etat de son domicile ne suffit*

<sup>124</sup> C.J.C.E., arrêt Handte, 17 juin 1992, *Rec.*, 3967 ; Arrêt Groupe Concorde, cité supra.

<sup>125</sup> Cette peur ressort de la plupart des documents adressés à la Commission préalablement à l'audition des 4 et 5 novembre 1999. Elle est particulièrement bien formalisée dans le rapport préparé par la FEDMA (Federation of European Direct Marketing), *Hearing on electronic commerce...*, *op. cit.*, p. 178 s.

<sup>126</sup> J.O.C.E. n° C 376 du 28 déc. 1999, p. 1 s. Ce manque de clarté sera aussi relevé par le Comité économique et social, J.O.C.E. n° C 117 du 26 avril 2000, p. 10.



pas à faire jouer la compétence protectrice. Le critère qui paraît donc important aux yeux de la Commission est l'existence d'un site interactif ou simplement passif. Les observateurs se sont interrogés sur la définition exacte de cette notion, qui n'apparaît pas dans l'exposé des motifs<sup>127</sup>. On pourrait toutefois raisonnablement considérer que les sites actifs sont ceux qui permettent d'effectuer toutes les opérations pour conclure et exécuter le contrat et les sites passifs sont ceux qui n'offrent que des informations et obligent le consommateur à avoir une attitude plus active pour conclure le contrat à l'extérieur du site (par téléphone ou fax par exemple)<sup>128 129</sup>.

Le Parlement, sous l'influence des milieux d'affaire, va tenter de rétrécir le critère de rattachement, dans une résolution du 21 septembre 2000<sup>130</sup>. Dans cette résolution, le Parlement considère qu'un site est actif lorsque l'opérateur dirige intentionnellement son activité, de façon substantielle, vers l'Etat du consommateur<sup>131</sup>. On retrouve l'idée que le commerçant ne doit pas pouvoir être surpris par l'apparition de fors inattendus et que les risques qu'il endosse à cet égard doivent être volontairement assumés. La Commission ne suivra toutefois pas cette résolution : selon elle, l'émergence d'un conflit de consommation déterminant la saisine du juge suppose l'établissement préalable d'un contrat de consommation et l'existence même de ce contrat semble être en soi une indication claire de ce que le fournisseur de biens ou services a dirigé son activité commerciale vers l'Etat du domicile du consommateur<sup>132</sup>.

<sup>127</sup> Voir notamment le rapport FEDMA, *op. cit.*, p. 179.

<sup>128</sup> C. KESSEDJIAN, « Observations en vue de l'audition publique des 4/5 novembre », *Hearing on electronic commerce...*, *op. cit.*, p. 311 s.

<sup>129</sup> La distinction entre sites passifs et sites actifs a déjà été explorée par la jurisprudence américaine. Voir : B. DEPOORTER, *op. cit.*, p. 394 s. ; G. KAUFFMAN-KOHLER, *op. cit.*, p. 105 ; F.L. STREET & M.P. GRANT, *op. cit.*, p. 273. En règle générale, l'accessibilité d'un site purement passif est insuffisante pour justifier la compétence du domicile de l'internaute demandeur : « Creating a site (...) without more, is not an act purposefully directed toward the forum state » (*Bensusan Restaurant Corp. v. King*, 937 F. Supp. 295 (S.D.N.Y. 1996)). A l'inverse, lorsque le défendeur s'engage activement dans le commerce sur le web et sollicite les utilisateurs, les tribunaux d'autres Etats se déclarent volontiers compétents (voir : *Burger King Corp. v. Rudzewicz*, 471 U.S. 462, 476, 105 S. Ct. 2174, 85 L. Ed. 2d 528 (1985) ; *Compuserve Inc. v. Patterson*, 89 F.3d 1257 (6th Cir. 1996)). La jurisprudence américaine n'est toutefois pas univoque. En outre, entre ces deux cas de figure assez clairs, il y a toute une palette de situations intermédiaires qui sont difficiles à appréhender par les tribunaux. Cela étant, la Commission a clairement fait savoir qu'elle n'entendait pas se référer au concept américain pour définir l'activité dirigée. Voir à cet égard la Proposition modifiée de règlement du conseil du 26 octobre 2000, COM(2000) 689 final – 1999/0154(CNS), p. 6, disponible à l'adresse : [http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/pdf/2000/fr\\_500PC0689.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/pdf/2000/fr_500PC0689.pdf).

<sup>130</sup> Résolution législative du Parlement européen sur la proposition de règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (COM(1999) 348 final – C5-0169/1999 – 1999/0154 (CNS)).

<sup>131</sup> On retrouve également cette idée de la « cible » (target) dans les travaux de préparation de la convention de La Haye. Cfr. : C. KESSEDJIAN, « Commerce électronique... », *op. cit.*, p. 7. Au sein des experts qui travaillent à l'élaboration de cette convention, l'unanimité ne s'est pas faite non plus.

<sup>132</sup> Proposition modifiée de règlement du conseil du 26 octobre 2000, COM(2000) 689 final – 1999/0154(CNS), disponible à l'adresse : [http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/pdf/2000/fr\\_500PC0689.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/pdf/2000/fr_500PC0689.pdf).

Ce postulat n'est pas nécessairement vrai dans toutes les hypothèses : on pourrait envisager une action en cessation introduite par un consommateur ou une association représentative des consommateurs indépendamment de tout contrat préalable. C'est un péril particulièrement redoutable pour le commerçant, qui risquerait de se voir adresser des ordres de cessation, relatifs par exemple à la manière dont sa publicité est formulée, provenant de différents Etats de l'Union européenne et le risque de disparité de décisions n'est nullement négligeable.

Quoi qu'il en soit, le Conseil a tranché et s'est rallié à la position de la Commission. Il ne reste plus aux commerçants, qui ne souhaitent pas courir le risque d'un litige dans certains Etats de l'Union qu'à énoncer clairement dans leur offre que celle-ci ne s'adresse pas à n'importe qui mais uniquement aux ressortissants de tel ou tel Etat bien déterminé ou encore d'adopter les mesures techniques adéquates pour rejeter toute commande provenant d'un consommateur domicilié dans un Etat non désiré<sup>133</sup>. Cette alternative est considérée comme les commerçants comme une entrave à liberté de prestation de services au sein du marché intérieur<sup>134</sup>. Par opposition, comme le dit assez crûment un auteur : *to put it bluntly, the established policy of Community law is that a supplier who wishes to engage in transnational commerce with consumer, without accepting the burdens which arise under Community measures of consumer protection, is essentially a crook*<sup>135</sup>.

25. - Le critère de détermination du tribunal compétent est le suivant (conv., art. 14 – règl., art. 16) :

- Si le consommateur est demandeur, il a le choix entre les tribunaux de son Etat (convention) ou de son domicile (règlement) ou ceux de l'Etat du commerçant. Il y a lieu de noter que le règlement introduit une règle tout à fait exorbitante du droit commun en ce qu'il détermine aussi la compétence interne des juridictions saisies : à l'intérieur de l'Etat membre où il est domicilié, le consommateur peut porter le litige devant le tribunal de son domicile.
- Si le consommateur est défendeur, seuls les tribunaux de l'Etat de son domicile sont compétents.

<sup>133</sup> M. PERTEGAS SENDER, *op. cit.*, n° 10.

<sup>134</sup> Rapport FEDMA, *op. cit.*, p. 179.

<sup>135</sup> P. STONE, « Internet consumer contracts and european private international law », *Hearing on electronic commerce...*, *op. cit.*, p. 325 s., spéc. 331.

Les règles de prorogation de compétence énoncées au point précédent ne sont pas d'application. Dans cette matière les clauses d'élection de for ne sont valables que si elles sont conclues après la naissance du différend ou permettent au consommateur de saisir d'autres juridictions que celles de son pays ou de celui du commerçant ou encore lorsque commerçant et consommateur étaient domiciliés dans le même Etat au moment de la conclusion du contrat et que cette clause désignait les tribunaux de cet Etat (cela vise l'hypothèse d'un déménagement, soit du commerçant, soit du consommateur, après la conclusion du contrat). Il n'est donc pas question de faire figurer une clause d'élection de for sur une page web, même validée par le consommateur lors de la conclusion du contrat.

### III Responsabilité extra contractuelle

26. - Indépendamment de toute activité contractuelle, les services de l'information peuvent être le théâtre d'agissements susceptibles d'engager la responsabilité quasi délictuelle de leur auteur : diffamation, conflits en matière de droits intellectuels...

La règle de compétence est mentionnée à l'article 5.3 de la convention et du règlement : en matière délictuelle ou quasi délictuelle, le tribunal compétent est celui du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire.

Il faut entendre par matière délictuelle ou quasi délictuelle toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité du défendeur et qui ne se rattache pas à la matière contractuelle telle que visée à l'article 5.1<sup>136</sup>. Par ailleurs, le lieu où le fait dommageable s'est produit doit en réalité se comprendre comme le lieu de l'événement causal ou le lieu où le dommage s'est matérialisé<sup>137</sup>. Cette option va se révéler difficile à manipuler dans le cadre du commerce électronique. En effet, dans le cas d'espèce à l'occasion duquel le principe fut formulé, le lieu de commission de l'acte fautif et le lieu d'apparition du dommage étaient clairement déterminés. Cependant, le critère de rattachement constitué par le lieu de matérialisation du dommage contenait en lui-même un risque d'atomisation des conflits<sup>138</sup>.

27. - Les prémisses du problème se retrouvent dans un arrêt de la Cour de justice du 7 mars 1995<sup>139</sup>, prononcé dans une matière de diffamation par article

<sup>136</sup> C.J.C.E., 27 septembre 1988, Kalfelis, *Rec.*, p. 5565.

<sup>137</sup> C.J.C.E., 30 novembre 1976, Mines de Potasse, *Rec.*, 1735.

<sup>138</sup> N. WATTE, A. WUYTS & H. BOULARBAH, *op. cit.*, n° 11.

<sup>139</sup> Fiona Shevill, *Rec.*, 415.

de presse. La Cour considère, en effet, que la victime peut saisir aussi bien les tribunaux de l'Etat du lieu d'établissement de l'éditeur - qui seront alors compétents pour statuer sur l'intégralité du dommage - que les juridictions de chacun des Etats dans lesquels la publication diffamatoire a été diffusée et où la victime prétend avoir subi une atteinte à sa réputation - qui ne sont compétentes que pour la partie du dommage causée dans l'Etat de la juridiction saisie. Suivant que la publication litigieuse a été diffusée plus ou moins largement, le nombre de tribunaux susceptibles de connaître de l'affaire sera plus ou moins important.

On comprend bien que, si on s'attache au lieu de diffusion de l'information dommageable, dans le cadre d'un acte fautif commis sur Internet, ce sont les tribunaux du monde entier qui peuvent être saisis et le critère perd toute efficacité. On en trouve la consécration dans l'affaire Yahoo !. Les décisions prononcées dans le cadre de cette procédure ne se fondent pas sur la convention de Bruxelles, puisque la défenderesse est une société américaine, mais le critère de détermination de la compétence utilisé<sup>140</sup> est identique, de telle sorte que la problématique est parfaitement transposable.

Ce site portail américain bien connu organisait des enchères gratuites, portant entre autres sur des objets et emblèmes nazis. La Ligue Internationale contre le Racisme et l'Antisémitisme (LICRA) a saisi le tribunal de grande instance de Paris en référé, voulant interdire à Yahoo ! de permettre à des ressortissants français de participer aux enchères portant sur les objets en question. Par une première ordonnance du 22 mai 2000<sup>141</sup>, le tribunal s'est déclaré compétent au motif qu'il « en permettant la visualisation en France de ces objets et la participation éventuelle d'un internaute installé en France à une telle exposition-vente, Yahoo ! Inc. commet donc une faute sur le territoire français ». On a stigmatisé le caractère lapidaire de cette motivation<sup>142</sup>. Dans une seconde ordonnance, du 20 novembre 2000<sup>143</sup>, le tribunal se montra plus explicite sur le critère de rattachement :

*Attendu que, s'il est exact que le site « Yahoo Auctions » en général s'adresse principalement à des internautes basés aux Etats-Unis eu égard notamment à la nature des objets mis en vente, aux modes de paiement prévus, aux conditions de livraison, à la langue et à la monnaie utilisées, il*

<sup>140</sup> Il figure à l'article 46 du Nouveau Code de Procédure Civile (NCPC) français.

<sup>141</sup> <http://www.juriscornet.net/bc/juristr/cti/tgiparis/20000522-asg.htm>.

<sup>142</sup> P. WERY, « Yahoo ! (re)condamnée en référé : à problème complexe solution boiteuse », *Droit et technologie*, <http://www.droit-technologie.org> - actualités - 22 novembre 2000, p. 3.

<sup>143</sup> Même adresse que la décision précédente.



*n'en est pas de même des enchères d'objets représentant des symboles de l'idéologie nazie qui peuvent intéresser et sont accessibles à toute personne qui souhaite les suivre, y compris aux Français ;*

*Que, par ailleurs, et comme il a déjà été jugé, la simple visualisation en France de tels objets constitue une violation de l'article R.645-1 du Code pénal et donc un trouble à l'ordre public interne ;*

*Qu'en outre, cette visualisation cause à l'évidence un dommage en France aux associations demanderesse qui sont fondées à en poursuivre la cessation et la réparation ;*

*Attendu enfin que Yahoo sait qu'elle s'adresse à des Français puisque, à une connexion à son site d'enchères réalisée à partir d'un poste situé en France, elle répond par l'envoi de bandeaux publicitaires rédigés en langue française ;*

*Qu'est ainsi suffisamment caractérisé en l'espèce le lien de rattachement avec la France, ce qui rend notre juridiction parfaitement compétente pour connaître la demande ;*

L'affaire Yahoo ! a fait beaucoup de bruit mais n'est pas la première du genre. A différentes reprises, les juridictions françaises s'étaient déjà considérées compétentes dans des circonstances identiques<sup>144</sup>. Récemment, la Cour de cassation italienne s'est inscrite la même ligne<sup>145</sup>. En réalité, dans ce procès, le tribunal n'a fait qu'appliquer le critère de rattachement couramment utilisé jusqu'alors. Mais celui-ci a révélé ses limites et apparaît tout à fait inadapté aux dommages causés en ligne.<sup>146</sup> En effet, le problème est identique à celui qui est apparu dans l'analyse des dispositions du règlement du 22 décembre 2000 en matière de droit de la consommation : ce critère de rattachement fait naître des fors imprévisibles. Comme le souligne justement la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 10 novembre 1999<sup>147</sup> :

<sup>144</sup> T.G.I. Paris, 13 novembre 1998 (Faurisson) ; T.G.I. Paris, 3 mai 2000 (Nart) ; disponibles sur le site : <http://www.legalis.net> ; T.G.I. Nanterre, 13 octobre 1997 (Payline), disponible sur le site :

<http://www.juriscor.net>. Pour un commentaire de Payline, voir : T. VERBIEST & E. WERY, *op. cit.*, n° 935.

<sup>145</sup> Cass. it., 17 nov. 2000, disponible à l'adresse : [http://www.penale.it/giuris/cass\\_013.htm](http://www.penale.it/giuris/cass_013.htm). Pour un commentaire, voir : G.M. RICCIO, « Diffamation en ligne et juridiction : première décision de la Cour de cassation italienne », *Juriscor.net*, <http://www.juriscor.net/actu/achv/200101.htm>.

<sup>146</sup> V. SEDALLIAN, « Commentaire de l'affaire Yahoo ! », *Juriscor.net*, 2000, <http://www.juriscor.net/chr/2fr20001024.htm>, p. 2 ; T. VERBIEST, « Responsabilité sur Internet : loi applicable et juridiction compétente », *Droit et technologie*, <http://www.droit-technologie.org> - actualités - 5 décembre 2000, p. 3 ; E. WERY, *op. cit.*, p. 3.

<sup>147</sup> Inédit, cité par V. SEDALLIAN, *op. cit.*, p. 4.

*La publication d'un texte sur un site Internet rend celui-ci consultable depuis tous les pays du monde sans pour autant être adressé à un destinataire précis. (...) Il convient de créer une prévisibilité pour l'auteur des propos. Celle-ci ne peut naître que du rattachement de la loi à un principe objectif et non à ce que chaque ordre juridique national prétend se donner comme compétence, ce qui peut exposer à toutes les incertitudes.*

En fait le problème est double. D'une part, comme nous venons de le relever, le critère de rattachement résultant de la simple accessibilité d'un site Internet devient universel et aboutit à une telle dispersion des fors envisageables qu'il perd toute efficacité : son but était précisément de permettre la réalisation d'un choix entre toutes les juridictions possibles et ce choix ne peut plus être accompli. Rien n'empêcherait même la partie préjudiciée de saisir les tribunaux d'un Etat tiers, qui n'est ni celui de son domicile, ni celui du domicile du défendeur, dès lors que la loi de cet Etat lui serait plus favorable. La compétence des juridictions de cet Etat pourrait être justifiée par le fait que le dommage s'y est également produit, puisque le site de l'auteur de l'acte illicite y est aussi accessible...<sup>148</sup> avec les conséquences que l'on peut imaginer au niveau de l'imprévisibilité du for et de l'iniquité que cette situation peut présenter pour le défendeur.

D'autre part, dans l'affaire Yahoo !, le bât blesse aussi ailleurs. Des auteurs ont fait observer que la particularité de ce litige consiste dans le fait que, contrairement aux litiges de diffamation ou de contrefaçon, dans lesquels les faits sont dirigés vers une personne en particulier et le dommage subi par cette (ces) personnes, la situation résultant de l'activité d'enchères de Yahoo ! ne se dirigeait pas directement vers le public français<sup>149</sup>. Le critère de rattachement devient dès lors particulièrement diaphane : il suffit qu'un ressortissant français estime à tort ou à raison subir un préjudice moral du fait de l'information diffusée sur ce site, même si cette information ne lui est pas destinée. Comme le fait plaisamment remarquer E. WERY, un tribunal afghan pourrait contraindre les 3 Suisses à voiler toutes les femmes qui posent dans le catalogue, pour la simple raison que leur site est accessible depuis Kaboul<sup>150</sup>. Pourtant le tribunal de grande instance de Paris avait commencé la motivation de sa seconde ordonnance en rappelant que les éléments objectifs du site litigieux (nature des objets mis en vente, langue et monnaie utilisées, conditions de livraison) démontraient que l'activité de Yahoo ! n'était

<sup>148</sup> G. KAUFMANN-KOHLER, *op. cit.*, p. 116.

<sup>149</sup> T. VERBIEST, *loc. cit.* ; T. VERBIEST & E. WERY, *op. cit.*, n° 940.

<sup>150</sup> E. WERY, *loc. cit.*

manifestement pas orientée vers la France. Sans doute eût-il dès lors été plus sage d'en tirer les conséquences et de se déclarer incompétent.

28. - Quel critère peut-on dès lors raisonnablement utiliser pour déterminer la juridiction compétente pour apprécier les dommages occasionnés en ligne ?

G. KAUFMANN-KOHLER a suggéré que la personne préjudiciée puisse systématiquement saisir les juridictions de son Etat<sup>151</sup>. Les avantages en seraient les suivants :

- le demandeur perd son droit d'option entre les tribunaux de tous les Etats dans lesquels le site est accessible (c'est-à-dire le monde entier !) et la compétence se resserre sur le lieu de commission de l'acte fautif et le domicile de la victime,
- cela améliore l'accès à la justice pour la partie préjudiciée,
- cette localisation est propice à l'obtention des preuves portant sur l'existence et le calcul du dommage.

L'auteur reconnaît que ce critère de rattachement peut entraîner des situations inéquitables, en obligeant le propriétaire d'un site à se défendre à l'autre bout du monde, mais fait observer qu'entre l'auteur de l'acte délictueux et la victime, il convient de protéger par préférence cette dernière. Il suggère aussi d'introduire une soupape lorsque le défendeur se retrouve dans une situation dans laquelle ses droits de la défense risquent d'être lésés (règle du forum non conveniens). Il n'est pas certain que nos juridictions, habituées à des critères de rattachement strictement déterminés, utiliseraient volontiers la notion de forum non conveniens, plus familière des juridictions anglo-saxonnes, qui travaillent de manière plus souple et plus pragmatique. Le critère du domicile du demandeur ne met par ailleurs pas le défendeur à l'abri des fors imprévisibles, les victimes potentielles d'une activité sur le web pouvant se localiser partout dans le monde.

T. VERBIEST propose de retenir la critère de la prévisibilité du dommage. Il pourrait être défendu qu'une entreprise américaine telle que Yahoo ! ne pouvait prévoir qu'une activité licite sur son territoire et conçue essentiellement pour un public américain pût causer un préjudice à des ressortissants français<sup>152</sup>. Il faudrait alors scruter les éléments objectifs du cas d'espèce pour déterminer qui est destinataire des informations diffusées sur un site et qui est raisonnablement susceptible d'en subir un dommage.

<sup>151</sup> G. KAUFMANN-KOHLER, *op. cit.*, p. 117.

<sup>152</sup> T. VERBIEST, *op. cit.*, p. 4.

Ce même critère de prévisibilité du lieu d'apparition du dommage revient dans les travaux préparatoires de la convention de La Haye<sup>153</sup>. L'article 10 du projet reprend l'alternative classique entre le tribunal du lieu de la commission de l'acte culpeux et le tribunal du lieu d'apparition du dommage. Il précise toutefois *sauf si le défendeur établit que la personne dont la responsabilité est invoquée ne pouvait raisonnablement prévoir que l'acte ou l'omission était susceptible de produire un dommage de même nature dans cet Etat*.

Toutefois, la sécurité offerte par cette soupape n'est pas absolue et le responsable pourrait fort bien se trouver dans l'impossibilité de rapporter cette preuve. *En effet, les sites Internet fonctionnent un peu comme des journaux distribués partout dans le monde. Celui qui télécharge une information diffamatoire sur un site doit prévoir, raisonnablement, qu'elle peut être lue partout dans le monde. Seul le nombre de « copies » distribuées (pour continuer avec l'analogie de la presse) est inconnu*<sup>154</sup>. Par ailleurs, à l'intérieur de l'Union européenne, ce critère deviendra au fil du temps plus difficile à appliquer : l'anglais est devenu la langue véhiculaire d'Internet, une monnaie unique sera bientôt d'application...<sup>155</sup> Les éléments qui désigneront avec précision les ressortissants d'un Etat déterminé vont devenir diffus. La solution passera vraisemblablement par une définition plus précise des critères de prévisibilité<sup>156</sup>. Enfin, T. VERBIEST reconnaît qu'un tribunal d'un Etat déterminé renoncera sans doute difficilement à décliner sa compétence, même si les éléments du site incriminé ne s'adressent pas particulièrement aux justiciables de cet Etat, dès lors que les principes de l'ordre public de ce pays paraissent avoir été violés<sup>157</sup>.

L'accouchement d'un nouveau critère de rattachement en matière de responsabilité est donc difficile et il faudra sans doute attendre avant de voir émerger des règles à la fois opérationnelles et faisant l'objet d'un consensus suffisamment large dans la communauté internationale.

<sup>153</sup> Le critère de la prévisibilité du for est aussi très présent dans la jurisprudence américaine : « Due process requires that a nonresident defendant must have « minimum contacts » with the foreign state such that the defendant could reasonably anticipate being brought into court here » (Worldwide Volkswagen Corp. v. Woodson, 444 U.S. 286, 297 (1980)). Voir aussi : B. DEPOORTER, *op. cit.*, p. 393 ; G. KAUFMANN-KOHLER, *op. cit.*, p. 100 s. ; F.L. STREET & M.P. GRANT, *op. cit.*, p. 285.

<sup>154</sup> C. KESSEDJIAN, « Commerce électronique... », *op. cit.*, p. 8.

<sup>155</sup> Rapport FEDMA, *op. cit.*, p. 180.

<sup>156</sup> A titre indicatif, il est intéressant d'examiner les critères développés par certaines instances internationales, telles l'OMPI et l'OICV. Voir à ce sujet : T. VERBIEST & E. WERY, *op. cit.*, n° 947-948.

<sup>157</sup> T. VERBIEST, *loc. cit.*

29. - Enfin un dernier problème se pose : en principe, seul le tribunal du domicile du défendeur ou du fait générateur du dommage est compétent pour réparer l'intégralité du préjudice causé par la faute. Le juge du lieu d'apparition du dommage ne peut ordonner la réparation que de la quotité du dommage qui s'est produite dans cet Etat. Cela ne pose pas de difficulté particulière en cas de réparation par équivalent. Par contre, dans l'affaire Yahoo !, on peut se demander si les mesures de filtrage imposées par le tribunal n'excèdent pas la stricte réparation du préjudice subi en France, puisqu'elles vont affecter tous les utilisateurs de Yahoo ! (par exemple en ralentissant le temps d'accès au site)<sup>158</sup>. Cette règle pourrait par ailleurs avoir des effets inattendus : la possibilité d'agir dans tous les pays où le dommage s'est produit, en ne réclamant à chaque fois que la partie du dommage matérialisée dans ce pays, pourrait amener à un émiettement des procédures : une juxtaposition d'évaluations séparées du dommage pourrait s'avérer moins adéquate qu'une évaluation globale par un seul tribunal. Elle pourrait même être à l'origine d'un véritable harcèlement procédural, la victime introduisant simultanément des procédures dans tous les pays dans lesquels elle estime avoir subi un préjudice<sup>159</sup>.

Pour clore ce point, on peut aussi citer une décision belge<sup>160</sup>, dans laquelle le juge s'est déclaré compétent au double motif qu'Internet utilise des lignes téléphoniques situées sur le territoire belge et n'est accessible que par des fournisseurs d'accès situés sur le sol belge. Les deux critères sont inadéquats : en réalité les informations circulent par paquets sur Internet et chaque paquet suit un itinéraire qui lui est propre, en fonction de l'engorgement du réseau, de telle sorte que ni l'émetteur, ni le destinataire ne peuvent déterminer par où les informations ont transité. De ce fait, le critère du lieu de passage de l'information n'est pas pertinent<sup>161</sup>. Par ailleurs, il est tout à fait possible de se raccorder à Internet par le biais d'un fournisseur d'accès étranger<sup>162</sup>.

#### **b. Solution à l'égard des Etats de l'AELE (Association Européenne de Libre Echange)**

30. - Pour ces pays, le texte applicable n'est pas la convention de Bruxelles mais celle de Lugano, du 16 septembre 1988<sup>163</sup>. Compte tenu de

<sup>158</sup> V. SEDALLIAN, *op. cit.*, p. 5.

<sup>159</sup> G. KAUFMANN-KOHLER, *op. cit.*, p. 114.

<sup>160</sup> Comm. Bruxelles (Réf.), 3 janvier 1997, T.B.H., 1997, 27.

<sup>161</sup> B. DEPOORTER, *op. cit.*, p. 400 ; T. VERBIEST & E. WERY, *op. cit.*, n° 932.

<sup>162</sup> B. DEPOORTER, *loc. cit.*

<sup>163</sup> J.O.C.E. n° L 319 du 25 novembre 1988, approuvée par l'article 2 de la loi du 27 novembre 1996 - M.B. 8 janvier 1998.

l'élargissement de l'Union, seules la Norvège, la Suisse et l'Islande sont encore concernées par cette convention. Elle a par ailleurs également été ratifiée par la Pologne. Cette convention ne sera pas modifiée par le règlement du 22 décembre 2000, qui ne concerne que les Etats membres de l'Union.

Les règles sont identiques à celles de la convention de Bruxelles, qui ont été énoncées ci-dessus.

#### **c. Solution à l'égard d'autres Etats**

31. - Pour tous les Etats qui ne sont liés par aucune des conventions visées ci-dessus, il convient d'examiner si une convention multilatérale ou bilatérale règle les problèmes de compétence internationale.

Comme indiqué, la conférence de La Haye travaille sur un projet de convention relativement à la compétence internationale mais celui-ci n'a pas encore été adopté<sup>164</sup>.

Pour le surplus, les seules conventions bilatérales conclues par la Belgique relativement à la compétence des juridictions concernaient la France (8 juillet 1899) et les Pays-Bas (28 mars 1925). Ces conventions n'ont plus d'objet, sauf pour les matières qui ne sont traitées ni par la convention de Bruxelles, ni par le règlement du 22 décembre 2000. Comme ces matières ne concernent pas le commerce électronique, nous n'en parlerons pas.

A défaut de convention, il reste à appliquer les règles de conflit du for. Ce cas de figure risque de se présenter assez régulièrement, compte tenu de la place prépondérante qu'occupent les entreprises américaines dans le commerce électronique<sup>165</sup>.

32. - Trois dispositions retiendront notre attention :

L'article 15 du Code civil dispose qu'un Belge peut être traduit devant un tribunal de Belgique, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger.

<sup>164</sup> L'avant-projet préliminaire de Convention, tel qu'adopté provisoirement par la Commission spéciale le 18 juin 1999, a été révisé lors d'une réunion qui s'est tenue du 25 au 30 octobre 1999. La Conférence diplomatique, initialement prévue pour l'automne de l'an 2000, se déroulera en deux parties : la première en juin 2001 et la seconde fin 2001 ou début 2002.

<sup>165</sup> 70 % des sites accessibles sur Internet sont d'origine américaine : B. DEPOORTER, *op. cit.*, p. 392.

L'article 635 du Code judiciaire précise que les étrangers peuvent être assignés en Belgique, soit par un Belge, soit par un étranger, dans toute une série d'hypothèses énumérées dans l'article. Celle qui nous intéresse en l'espèce est reprise au 3° : si l'obligation qui sert de base à la demande est née, a été ou doit être exécutée en Belgique. Le critère est plus large que dans la convention de Bruxelles, qui ne fait référence qu'au lieu d'exécution de l'obligation en litige et non au lieu de naissance.

La jurisprudence considère traditionnellement que la détermination de l'endroit où le contrat s'est formé relève de la loi qui gouverne le contrat et qu'il faut dès lors, déterminer d'abord la loi applicable au contrat litigieux<sup>166</sup>. Cette jurisprudence, qui apparaît calquée sur celle de la Cour européenne de justice (arrêt Tessili – voir supra), est critiquée : elle oblige le juge à déterminer préalablement la *lex contractus* – question souvent fort épineuse – avant de pouvoir statuer sur sa compétence<sup>167</sup>.

En matière quasi-délictuelle, l'option traditionnelle entre le lieu de l'événement causal et celui de la survenance du dommage est également reconnue au demandeur<sup>168</sup>.

Les controverses évoquées ci-avant sont tout à fait susceptibles de se reproduire dans le cadre de l'application de cette disposition.

Lorsque toutes les bases indiquées à l'article 635 sont insuffisantes, l'article 638 autorise le demandeur à porter une demande dirigée contre un défendeur étranger devant les tribunaux belges, pour autant que le demandeur réside lui-même en Belgique. Cette disposition mélange de manière inadéquate deux critères de rattachement : la nationalité et le domicile<sup>169</sup>. Il faut que le demandeur ait son domicile en Belgique et que le défendeur n'ait pas la nationalité belge.

Par ailleurs, l'article 636 prévoit que, dans cette hypothèse, le défendeur étranger peut décliner la compétence des juridictions belges, pour autant que ce droit appartienne également aux Belges dans le pays de cet étranger. Le défendeur défaillant est présumé décliner la juridiction des tribunaux belges. Le déclinatoire de compétence que le défendeur étranger défaillant sans domicile en Belgique est

<sup>166</sup> Comm. Bruxelles, 8 janvier 1986, R.D.C., 1987, 440 ; Bruxelles, 19 mars 1987, R.D.C., 1988, 297 ; Liège, 6 janv. 1989, R.R.D., 1989, 85.

<sup>167</sup> H. BORN & M. FALLON, « Chronique de jurisprudence – droit judiciaire international », J.T., 1992, p. 431, n° 110.

<sup>168</sup> Bruxelles, 16 mars 1989, J.T., 1989, 550 ; Civ. Liège (réf.), 15 oct. 1990, J.L.M.B., 1991, 659.

<sup>169</sup> F. RIGAUX & M. FALLON, *Droit international privé*, t. II, Bruxelles, Larcier, 2e éd., 1993, n° 820.

présupposé invoquer, aux termes de l'article 636 du Code judiciaire, ne peut trouver à s'appliquer si la compétence du tribunal est déterminée en raison de l'une des hypothèses visées à l'article 635 du code judiciaire<sup>170</sup>.

A titre d'exemple, il résulte de l'application combinée des articles 636 et 638 du Code judiciaire que le défendeur assigné en Belgique, sur la seule base de l'article 638 du Code judiciaire, peut soulever l'incompétence des tribunaux belges lorsqu'il a son siège social dans un Etat étranger devant les tribunaux duquel un national de l'Etat ne peut faire citer un étranger sur la seule base du domicile ou de la résidence du demandeur dans ledit Etat<sup>171</sup>.

Le régime de l'article 636 a été critiqué et est considéré comme *excessivement rigide, inutilement complexe et sans doute suranné*<sup>172</sup>.

Quant aux clauses d'élection de for, elles doivent être considérées en principe comme valides<sup>173</sup>, même si la juridiction saisie n'a pas de lien objectif avec le litige, pour autant que la volonté des parties soit clairement exprimée et ne poursuive pas des buts frauduleux<sup>174</sup> ou que la clause n'apparaisse pas artificielle dans les circonstances de la cause<sup>175</sup>. Par contre, les clauses mentionnées dans les conditions générales au dos de factures sont examinées avec prudence<sup>176</sup>.

## SECONDE PARTIE - AMORCES DE MODERNISATION DE LA PROCEDURE EN DROIT BELGE

### INTRODUCTION

33. - A l'heure du développement du commerce électronique, la justice recherche également une plus grande rapidité de communication et de traitement

<sup>170</sup> Civ. Bruxelles, 3 mars 1992, J.L.M.B., 1992, 1387 ; Comm. Bruxelles, 6 décembre 1996, A.J.T., 1998-99, 243. Contra : H. BORN & M. FALLON, *op. cit.*, p. 427, n° 92.

<sup>171</sup> Comm. Nivelles, 31 octobre 1994, J.T., 1995, 794.

<sup>172</sup> M. FALLON, « Actualité du divorce international dans la jurisprudence belge », *Rev. trim. dr. fam.*, 1986, p. 428 s.

<sup>173</sup> C. trav. Bruxelles, 19 septembre 1997, J.T.T., 1997, 484 ; Chron. D.S., 1998, 506.

<sup>174</sup> Paris, 10 octobre 1990, R.C. D.I.P., 1991, 605.

<sup>175</sup> Bruxelles, 18 décembre 1986, J.T., 1986, 126.

<sup>176</sup> Comm. Huy, 10 janvier 1996, J.L.M.B., 1996, 1047.

de l'information. Le considérant 52 de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique invite d'ailleurs les Etats membres à évaluer la nécessité de fournir un accès aux procédures juridictionnelles par les moyens électroniques appropriés. Si le téléfax avait déjà fait une entrée timide dans la procédure, les possibilités qu'il offre étaient largement sous-employées. *A fortiori* en va-t-il pour le courrier électronique, les greffes n'étant équipés pour recevoir de tels messages. Comme nous le verrons, l'utilisation de ces procédés de communication pose aussi des problèmes juridiques, que le Code judiciaire ne permettait pas toujours de résoudre. La loi du 20 octobre 2000 est venue aplanir bon nombre de difficultés. D'une part, en introduisant la signature électronique dans notre droit, elle valide *ipso facto* les actes de procédure qui sont revêtus de ce type de signature. D'autre part, en reconnaissant les nouveaux procédés de communication, elle balaie, en partie du moins, les problèmes juridiques provenant de l'utilisation du fax ou du courrier électronique. Nous toucherons également quelques mots de la modernisation du fichier des saisies, qui est de nature à accélérer et simplifier l'exécution des décisions judiciaires.

# **1. LA LOI DU 20 OCTOBRE 2000 INTRODUISANT L'UTILISATION DE MOYENS DE TELECOMMUNICATION DANS LA PROCEDURE JUDICIAIRE ET EXTRAJUDICIAIRE.**

34. - Cette loi du 20 octobre, aussi appelée « loi Bourgeois », est le fruit d'une proposition de loi déposée par le député Geert Bourgeois<sup>177</sup>. Cette proposition fut adoptée par la Chambre le 6 juillet 2000 et devint définitive, à défaut d'évocation par le Sénat. La loi fut promulguée le 20 octobre 2000 et publiée au Moniteur du 22 décembre 2000. Le texte original ne visait que les problèmes de communication judiciaire et extrajudiciaire. Au cours des travaux en Commission de la justice, le gouvernement a introduit un amendement modifiant l'article 1322 du Code civil en vue de transposer la directive du 13 décembre 1999 sur la signature électronique. Cet aspect de la loi est traité dans le cadre d'un autre rapport.

Comme le titre l'indique, la loi introduit de nouveaux moyens de télécommunication à la fois dans le domaine extrajudiciaire, via l'ajout d'un article 2281 au Code civil sous un nouveau titre XXI du livre III ( article 3), et dans la procédure judiciaire, par la modification des articles 32, 52 et 863 du Code judiciaire (articles 4, 5, 6).

<sup>177</sup> Proposition 38/1/99 du 4 août 1999.

## **A. Le nouvel article 2281 du Code civil**

### *a. Analyse du texte*

35. - L'article 2 de la loi insère un nouvel article 2281 dans le Code civil, sous un titre XXI dans le livre trois, intitulé ' De la notification'. Cet article dispose que, lorsqu'une notification doit avoir lieu par écrit pour pouvoir être invoquée par celui qui l'a faite, elle peut également être accomplie par courrier électronique, par fax, par télex, par télégramme et plus généralement par tout moyen de communication qui se matérialise par un document écrit chez le destinataire. Il est donc désormais permis à l'émetteur d'un tel document de s'en prévaloir ultérieurement. Un régime de validité de principe est ainsi établi<sup>178</sup>.

Il faut néanmoins distinguer deux hypothèses, à savoir celle où la notification est réalisée par un courrier électronique revêtu d'une signature au sens de l'article 1322 du Code civil (1) et celle où, au contraire, il s'agit soit d'un courrier électronique non signé ou mal signé selon l'article 1322 (ce qui revient au même), soit d'un fax ou encore d'un télex ou d'un télégramme, voire même d'un écrit papier qui ne serait pas signé (2).

1. La signature accompagnant l'E-mail répond aux conditions fixées par l'article 1322 : On se trouve ici en présence d'un véritable écrit signé dont la validité est établie par l'article 1322 alinéa 2, et non par le nouvel article 2281. L'article 2281 alinéa 3 (qui concerne la possibilité pour le destinataire de demander une confirmation de la signature) ne s'y applique d'ailleurs pas étant donné les mots *A défaut de signature au sens de l'article 1322*

2. Il ne s'agit pas d'un courrier électronique signé conformément à l'article 1322 : c'est pour ces hypothèses que ce nouvel article représente une réelle innovation et établit effectivement un régime de validité ou à tout le moins en clarifie les modalités.

<sup>178</sup> Ce texte s'inspire de traités internationaux et notamment de la Convention de Vienne de 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, qui dispose en son article 13 que : *Aux fins de la présente Convention, le terme « écrit » doit s'entendre également des communications adressées par télégramme ou par télex.*

Il s'agit donc ici :

- soit d'une notification par lettre ordinaire non signée ;
- soit d'une notification réalisée à l'aide d'un procédé ne permettant pas la signature (télèx, télégramme) ;
- ou ne permettant qu'une copie de signature (fax) ;
- ou encore une technique qui rend possible la signature, mais mal utilisée (courrier électronique non signé ou mal signé).

36. - Dans toutes ces hypothèses, l'auteur peut se prévaloir de la notification ainsi réalisée, nonobstant le défaut de signature, pour autant que :

- soit le destinataire ne conteste pas la validité de la notification ainsi réalisée.
- soit (a) le destinataire ayant sans retard injustifié demandé au notifiant de lui fournir un exemplaire original signé, (b) ce dernier s'exécute sans retard injustifié.

Si le destinataire tarde à demander confirmation, il ne pourra plus invoquer par après l'absence de signature<sup>179</sup>. Si, au contraire, après une demande du destinataire faite sans retard injustifié, le notifiant ne fait pas droit à la demande sans retard injustifié, il ne pourra plus opposer cette notification au destinataire, si celui-ci invoque par la suite l'absence de signature pour contester la validité de la notification.

Les termes 'sans retard injustifié' ont été préférés à la formulation d'un délai fixe<sup>180</sup>. Cela assure au juge une plus grande souplesse dans son appréciation du délai et permet d'envisager chaque situation à la lumière de circonstances particulières. Cette souplesse peut cependant être une source d'insécurité juridique.

Rappelons que cette demande de confirmation pour le destinataire ne constitue qu'une faculté, dont l'exercice lui permettra éventuellement de contester la validité de la notification par la suite. En cas d'absence de réaction de sa part, la notification sera considérée comme définitivement valable.

<sup>179</sup> Ni contester la signature ultérieurement lors de l'instance sur la base de l'article 1322 alinéa 2 du Code civil, en prétendant que la signature ne répond pas aux conditions que fixe cet article. Accorder une telle possibilité au destinataire de la notification équivaldrait à lui permettre d'invoquer le défaut de signature en dehors du délai établi par l'article 2281 alinéa 3 (sans retard injustifié).

<sup>180</sup> Un délai de 48 heures avait été proposé pour des raisons de sécurité juridique, Rapport de la Commission de la Justice, Doc. Parl. Chambre, 50 38/008 - sess. ord. 99/00, p. 38.

Toujours à propos de la demande de confirmation, les travaux préparatoires précisent que celle-ci peut être envoyée par tout moyen de communication et donc par le même que celui utilisé par le notifiant<sup>181</sup>.

Concernant la date de la notification, l'alinéa 2 précise qu'elle est accomplie 'dès sa réception dans les formes énumérées à l'alinéa 1'. Cet ajout permet de définir le moment à prendre en compte pour le calcul des éventuels délais qui commenceraient à courir suite à la notification<sup>182</sup>. Cependant, étant donné le caractère quasi instantané d'une transmission par fax ou par courrier électronique, on peut raisonnablement estimer que la date de l'envoi coïncidera avec celle de la réception. Les travaux parlementaires précisent également que la date à prendre en considération en cas de demande de confirmation est bien celle du premier envoi et non celle de la confirmation<sup>183</sup>. En effet, la deuxième notification a uniquement trait à la confirmation de la signature.

Subsiste évidemment la question de la preuve de l'envoi et de sa date. Il sera difficile pour l'auteur de la notification de rapporter la preuve de l'envoi, et encore plus celle de la réception. Les relevés de sa propre messagerie électronique ou de son fax ne suffiront pas à eux seuls, ces derniers étant aisément modifiables par l'émetteur lui-même. Mais le problème est identique en cas de simple envoi postal<sup>184</sup>. Le recours à un tiers de confiance, par qui transiterait le message, voire même qui en garderait une copie, éliminerait cette difficulté de preuve et dissiperait dans le même temps tout doute quant à la date du message. La Poste pourrait éventuellement jouer un rôle important à cet égard. Ainsi, on obtiendrait une mode de communication plus performant que l'échange postal, tant sur le plan de la rapidité que de la fiabilité.

Il y a lieu de noter que, contrairement à ce qui est prévu pour l'article 32 du Code judiciaire (cfr. infra), aucune condition n'est posée pour l'utilisation de l'adresse électronique du destinataire. En particulier, il n'est pas requis que

<sup>181</sup> Rapport de la Commission de la Justice, p. 37.

<sup>182</sup> Il s'agit de l'application de la théorie de la réception, selon laquelle la notification sort ses effets au jour où son destinataire a pu avoir la possibilité d'en prendre connaissance, indépendamment du jour où il en a effectivement pris lecture. Voir à cet égard J. HEENEN, "L'acceptation de l'offre de contracter faite par correspondance", note sous cass., 16 juin 1960, R.C.J.B., 1962, p. 303 et suiv. ; J.-F. VAN DROOGHENBROEK, "La notification de droit judiciaire privé à l'épreuve de la théorie de la réception et de l'expédition", R.C.J.B., 1999, p. 216, n° 39.

<sup>183</sup> Rapport de la Commission de la Justice, p. 38.

<sup>184</sup> En outre, comme pour un envoi postal, la plupart des logiciels de messagerie électronique comportent une fonction qui avertit l'expéditeur lorsque le message n'a pu être délivré à l'adresse indiquée par l'expéditeur et ce, dans de bien meilleurs délais qu'un envoi postal traditionnel.



l'émetteur s'assure que cette adresse est couramment employée. Rien n'empêche donc, légalement, d'adresser une notification à une adresse électronique que le destinataire n'utilise pratiquement jamais. Celui-ci ne pourra donc pas prendre connaissance du message en temps utile et, si le courrier électronique n'est pas signé, le destinataire ne réagira évidemment pas pour réclamer la confirmation d'un message dont il ignore l'existence. La loi ouvre à cet égard la porte toute grande à l'insécurité juridique.

37. - L'article 2281 se termine par ces termes : *la notification est également considérée comme écrite si elle ne se matérialise pas par un document écrit chez le destinataire pour la seule raison que celui-ci utilise un autre mode de réception*. L'introduction de cet alinéa est justifiée par M. Bourgeois de la manière suivante : *le présent amendement vise à éviter, par exemple, qu'un fax reçu par un ordinateur ne soit pas considéré comme une notification écrite*<sup>185</sup>. Un fax reçu par ordinateur constitue un fichier informatique. Dans l'esprit de l'auteur, il y a donc un risque qu'un fichier informatique ne soit pas considéré comme un écrit. Cependant, comme nous le verrons ci-après, selon la doctrine et l'exposé des motifs de la loi elle-même, il est actuellement admis qu'un document informatique peut être considéré comme un écrit. Il y a donc une contradiction flagrante entre le texte de la loi et l'exposé des motifs. On peut peut-être trouver un élément d'explication dans les travaux préparatoires : le passage de l'exposé des motifs qui reconnaît le statut d'écrit au document informatique a trait aux dispositions de la loi qui introduisent la signature électronique dans le droit de la preuve. Or, l'article 2281 nouveau est étranger au droit de la preuve. Cela ne justifie toutefois pas que la notion d'écrit soit envisagée différemment dans le domaine de la preuve et dans d'autres aspects du droit civil. Cette phrase du texte est donc inopportune et devrait être purement et simplement supprimée. Elle est cependant révélatrice des confusions que l'absence de définition de l'écrit est susceptible d'engendrer.

#### *b. Hypothèses d'application et problème de l'envoi recommandé*

38. - Dans quelles hypothèses le texte nouveau sera-t-il applicable ? Les travaux préparatoires de la loi sont muets sur cette question. En tout état de cause, il devrait trouver application chaque fois que la loi utilise les termes « notifier » ou « notification ». C'est le cas pour la notification d'une résiliation ou d'un congé, par exemple dans l'article 3 de la loi du 20 février 1991 sur le bail de résidence

<sup>185</sup> Doc. Parl. Ch. 50 38/008 – sess. ord. 99/00 du 30 juin 2000, p. 35.

principale, l'article 37 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail, l'article 18 de la loi du 13 avril 1995 sur le contrat d'agence commerciale ... L'expression est aussi utilisée dans l'hypothèse de communications importantes pour la poursuite du contrat : il en va ainsi de la demande de renouvellement d'un bail commercial (l'article 14 de la loi du 30 avril 1951 sur le bail commercial). Plus généralement, on peut dire que l'article 2281 nouveau est susceptible de s'appliquer chaque fois qu'une partie contractante souhaite porter à la connaissance de son cocontractant un élément important pour l'exécution, la modification ou l'extinction du contrat.

Rien n'empêche de faire également application du texte nouveau pour des notifications extra-contractuelles. On peut parfaitement envisager que, en matière de responsabilité quasi-délictuelle, la victime somme l'auteur du dommage de le réparer. Cette mise en demeure n'aura évidemment pas les mêmes effets qu'en matière contractuelle (en particulier, elle ne fait pas courir les intérêts puisque les intérêts compensatoires courent à compter de l'apparition du dommage, indépendamment de toute mise en demeure<sup>186</sup>). Une telle sommation pourrait s'effectuer en utilisant les procédés nouveaux de communication.

A défaut d'indications particulières dans la loi ou les travaux préparatoires, nous sommes plus prudents en ce qui concerne les déclarations que doit effectuer un citoyen à l'égard de l'autorité publique, mis à part les hypothèses déjà prévues par la loi<sup>187</sup>. En effet, l'article 2281 est inséré dans le Code civil et ces déclarations ne ressortissent pas au droit civil mais au droit social, fiscal, administratif, etc.

Ce nouvel article pourra être utilisé chaque fois que la loi ne prévoit pas de formes particulières pour la notification. Ainsi, le droit commun du bail ne précise aucune exigence de forme pour le congé<sup>188</sup>. La même réflexion vaut pour le bail de résidence principale. Bon nombre de déclarations ou notifications prévues par la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre peuvent également être réalisées sous forme électronique<sup>189</sup>.

<sup>186</sup> A titre indicatif, pour le lecteur intéressé par cette question, voir : C. DALCO, « De l'imputation des intérêts produits par une dette de valeur en matière contractuelle », R.C.J.B., 1996, p. 136, n° 13 s. ; C. BIOUET-MATHIEU, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit*, Liège, Fac. Dr. Liège, 1998, n° 4. Sur le rôle de la mise en demeure relativement aux intérêts compensatoires en matière contractuelle, voir : P. WERY, « La mise en demeure en matière d'obligations contractuelles », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, J.B. Bruxelles, 2000, p. 285 s., n° 23.

<sup>187</sup> On peut citer notamment les déclarations immédiates d'emploi (DIMONA), organisées par l'arrêté royal du 16 octobre 1998. Voir à ce sujet : H. DE HEMPTINNE, « Isabel », in *Authenticité et informatique*, Bruxelles, Bruylant – Kluwer, 2000, p. 282 ; E. WERY, « La sécurité sociale à l'heure d'Internet », <http://www.droit-technologie.org> – actualités – 29 décembre 1998.

<sup>188</sup> Cass., 20 mars 1947, *Pas.*, 1947, I, p. 118.

<sup>189</sup> K. TROCH & P. COLLE, « Verzekeringsrechtelijke aspecten i.v.m. Internet », *R.W.*, 2000-2001, p. 569 s., n° 15 s.

Il est néanmoins possible que le contrat détermine la forme dans laquelle celui-ci doit avoir lieu, par exemple une lettre recommandée, voire un exploit d'huissier. Cette forme doit alors en principe être respectée. De même, dans le cadre d'un bail commercial le congé doit être donné par exploit d'huissier ou par lettre recommandée à la poste<sup>190</sup>. L'article 57 de la loi sur le bail à ferme prescrit également ces mêmes formes pour le congé. De nombreuses lois particulières imposent une forme particulière pour l'accomplissement de la mise en demeure<sup>191</sup>. Par ailleurs et d'une manière générale, une mise en demeure sera souvent réalisée par un envoi recommandé, non pas tant pour des raisons de forme imposées par le Code civil<sup>192</sup>, mais plutôt pour des considérations de facilité de preuve<sup>193</sup>.

A cet égard, il est à noter que le nouvel article 2281 ne semble viser que l'hypothèse où la *notification doit avoir lieu par écrit pour pouvoir être invoquée par celui qui l'a faite...*, et non celle dans laquelle elle doit être réalisée par un envoi recommandé à la poste. Peut-on déduire des termes de l'article 2281 qu'il est susceptible de s'appliquer lorsque l'envoi recommandé est requis ? On peut en douter, d'autant que les documents parlementaires n'en soufflent mot. Cette solution semble surprenante dans la mesure où, dans la procédure judiciaire, le nouvel article 32 alinéa 3 crée un mécanisme auquel on attache les mêmes effets que le recommandé<sup>194</sup>. Par ailleurs, il serait regrettable de ne pas pouvoir faire usage de moyens de communication modernes dans cette hypothèse, alors que les moyens techniques actuels peuvent offrir un niveau de sécurité au moins équivalent au recommandé traditionnel. Si le législateur souhaite que la nouvelle disposition

<sup>190</sup> Article 3, alinéa 3 et 5 et article 14, alinéa 1 de la loi sur les baux commerciaux.

<sup>191</sup> A titre d'exemple, on peut mentionner l'article 29, 2° de la loi sur le crédit à la consommation et l'article 45 de la loi sur le crédit hypothécaire, qui exigent tous deux une mise en demeure du débiteur par lettre recommandée à la poste.

<sup>192</sup> L'article 1139 du Code civil précise que le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent.... La référence à la sommation semble interdire l'utilisation du recommandé, et en tout cas de la simple lettre. Il est néanmoins admis depuis longtemps en matière commerciale qu'aucune exigence de forme n'est requise (L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, III, 1947, n° 119, p. 196 ; H. DE PAGE, *Traité*, III, n° 80, p. 108 ; P. WERY, *op. cit.*, n° 10 s.). En matière civile, la Cour de cassation a défini la notion d'acte équivalent comme suit : *par acte équivalent, il y a lieu d'entendre tout acte contenant une interpellation dont le débiteur a dû nécessairement induire qu'il était mis en demeure d'exécuter son obligation* (Cass., 28 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, 317, *R.W.*, 1994-1995, 499, *J.T.T.*, 1994, 323, *chron. dr. soc.*, 1994, 163). Cette définition permet d'affranchir la mise en demeure de toute exigence de forme, excepté qu'il doit s'agir d'un 'acte'.

<sup>193</sup> La mise en demeure constitue un préalable obligé à l'exécution forcée du débiteur, par laquelle le créancier manifeste sa volonté de voir s'exécuter l'obligation (sur ce point voir H. DE PAGE, *Traité*, III, 1967, n° 73, pp. 96-98 ; P. WERY, *op. cit.*, n° 20 s. ; W. WILMS, "De betekenis van de ingebrekestelling in de Code Napoléon", *J.J.P.*, 1983, 33 et s.). On conçoit donc que le créancier prudent souhaite se ménager une preuve de l'accomplissement de la mise en demeure.

<sup>194</sup> Voir *infra*.

s'étende à l'envoi recommandé, peut-être serait-il souhaitable de modifier la formulation du texte, afin d'éviter toute difficulté d'application de cette disposition.

## B. Examen des problèmes posés par le Code judiciaire en matière de communication

39. - Les autres dispositions de la loi du 20 octobre 2000 modifient le Code judiciaire, de manière à permettre l'usage de nouveaux procédés de communication. Avant d'examiner les nouvelles dispositions, il est utile de faire l'inventaire des difficultés qu'engendrait la version antérieure du texte.

Une réglementation des procédés modernes de télécommunication en matière judiciaire se doit d'être nuancée car tous les niveaux de communication ne demandent pas un standard identique d'exigences techniques et juridiques. Il importe avant tout de définir les parties susceptibles d'entrer en relation et d'examiner le mode de communication qu'elles utilisent.

On peut distinguer à cet égard :

a) Les communications des parties vers les tribunaux :

- dépôt de requêtes introductives d'instances ou déposées à des stades divers de la procédure (fixation de l'affaire sur pied de l'art. 747 § 2 C.J., intervention volontaire, requête en tenue d'enquêtes...)
- dépôt d'écrits reprenant les moyens ou l'argumentation des parties (conclusions, mémoires...)
- introduction de voies de recours (requête d'appel, en cassation...)

b) Les communications des tribunaux vers les parties.

- notifications diverses (fixation de l'affaire, communication d'une ordonnance rendue sur pied de l'art. 747 § 2 C.J., envoi de la copie simple du jugement ou de l'expédition...)

c) Les communications entre parties (ou leurs conseils).

Elles recouvrent la correspondance ordinaire entre avocats ainsi que l'échange des conclusions et pièces.

d) Les communications d'huissier à partie.

Cela recouvre toutes les formes de significations (citation, signification du jugement, commandement, saisie...).



La communication d'huissier à huissier doit également être envisagée, soit pour les significations hors arrondissement ou, de manière plus aiguë, dans les significations transfrontalières.

e) Les communications entre tribunal et administration.

Il s'agit essentiellement de l'envoi des jugements à l'enregistrement. Ce type de communication est tout à fait particulier, parce que c'est la seule fois de toute son existence que le jugement sort physiquement du greffe en original.

40. - Tous ces types de communications ne sont pas organisés de la même manière par le Code et ne présentent donc pas les mêmes exigences formelles.

Ainsi la communication entre parties des conclusions et des pièces peut se faire de n'importe quelle manière (l'article 737 précise expressément que la communication des pièces peut se faire à l'amiable sans formalité). A l'heure actuelle, le fax est déjà très couramment utilisé pour ce type d'envoi, sans que cela pose de difficultés dans la majorité des cas. *a priori*, rien n'interdit non plus d'utiliser le courrier électronique, les avocats devant cependant prendre les précautions voulues pour assurer le respect du secret professionnel<sup>196</sup>.

A l'inverse, les exploits d'huissier posent d'épineux problèmes : il s'agit d'actes authentiques, généralement adressés à des justiciables extérieurs au monde judiciaire. En outre, la finalité de la signification est la remise de l'acte à une personne physique. L'utilisation de la télématique dans cette matière est éminemment délicate.

Entre les deux on trouve toute une palette d'actes plus ou moins réglementés par le Code judiciaire.

Les difficultés vont se situer à plusieurs niveaux :

- la forme de l'acte : la forme des actes de procédure est-elle réglementée par le Code judiciaire d'une manière telle que la communication par téléfax ou par courrier électronique n'est pas admissible ?
- le procédé de communication : le Code judiciaire privilégie-t-il certains procédés de communication incompatibles avec le téléfax ou le courrier électronique ?

<sup>196</sup> H. BARTHOLOMEEUSEN, « Barreau, une nouvelle déontologie sur Internet », in *Internet sous le regard du droit*, J.B. Bruxelles, 1997, p. 1 s., n° 15 s.

Les problèmes liés à la forme de l'acte relèvent de deux ordres : les actes de procédures doivent-ils être réalisés par écrit ? Doivent-ils porter une signature ? Dans l'affirmative, dans quelle mesure les procédés de communication nouveaux remplissent-ils ces conditions ?

#### a. L'écrit en droit judiciaire

41. - Le Code judiciaire ne précise pratiquement nulle part "expressis verbis" que les différents actes de procédure (requêtes, ordonnances, jugements ...) doivent être accomplis par écrit. Une des rares exceptions figure à l'article 704, qui fait référence à une requête écrite. Cependant, l'exigence de l'écrit transparaît en filigrane au travers de tout le Code. Le Commissaire royal VAN REEPINGHEN écrivait à ce sujet :

*A de rares exceptions près, les actes de la procédure sont écrits. On n'a pas à s'expliquer sur la règle et sa justification. La rigueur, la précision, la sécurité, la preuve même des demandes et des éléments du débat s'y rattachent*<sup>197</sup>.

Cela coulait de source pour les auteurs du Code judiciaire, qui ne connaissaient évidemment que la forme classique de l'écrit : composé de signes alphabétiques, directement lisibles et apposés sur un support traditionnel. A fortiori ne trouve-t-on pas de définition de l'écrit en droit judiciaire (pas plus qu'en droit civil).

Le téléfax ne pose pas de difficulté à cet égard car le message s'imprime sur un papier et est constitué de signes alphabétiques : il répond donc à la définition classique de l'écrit. Il n'en va pas de même pour le courrier électronique. Celui-ci se matérialise chez le destinataire par un fichier informatique. Ce type de document n'est pas directement lisible ou intelligible, il est rédigé dans un langage qui n'emprunte rien à l'alphabet (langage binaire), il est apposé sur un support magnétique et on peut le modifier sans difficulté. Un tel document peut-il être considéré comme un écrit ? Si la question a fait l'objet de vives controverses dans les années 80<sup>198</sup>, la doctrine récente répond par l'affirmative, eu égard à l'introduction de la signature électronique

<sup>196</sup> Rapport VAN REEPINGHEN, in "Le Code judiciaire et son annexe", supplément à la Pasinomie, Bruylant, Bruxelles, 1968, p. 410.

<sup>197</sup> Pour un examen plus approfondi de cette question, voir : G. de LEVAL, H.P. GODIN & D. MOUGENOT, « Le Code judiciaire à l'épreuve du cyberspace : la nécessaire réforme », in *Multimédia - le cyberavocat*, C.U.P., vol. XXIX, févr. 1999, p. 393 s., n° 5.

<sup>198</sup> S'opposent à la reconnaissance des fichiers informatiques comme écrit : G.L. BALLON, *Het bewijs en de moderne technieken*, Antwerpen, Centrum voor beroepsvervolmaking in de rechten, 1989, p. 29; H. CROZE, "Informatique, preuve et sécurité", *Dall.*, 1987, chron., p. 169; C. LUCAS DE LEYSSAC, "Les services commerciaux et la preuve des transactions télématiques", *Cah. Dr. Inf.*, 1991, A, p. 6; X.

dans notre droit : *En effet, si le législateur admet que de nouvelles formes de signatures puissent constituer une signature au sens du Code civil, a fortiori admettrait-il une évolution du concept d'écrit, la signature électronique ne pouvant être relative qu'à un écrit électronique*<sup>299</sup>. Cette opinion est relayée dans l'exposé des motifs de l'amendement n° 12 du gouvernement, qui introduit la modification de l'article 1322 C. civ. dans la loi Bourgeois : *au regard de l'analyse qui précède, il apparaît que, lorsque des mesures de sécurité ont été prises afin d'assurer l'inaltérabilité, la lisibilité et la stabilité d'un document électronique, celui-ci doit se voir accorder le statut d'écrit au sens du code civil*<sup>300</sup>. On peut donc dire que la loi du 20 octobre 2000, en ce qu'elle reconnaît la validité de la signature électronique, permet indirectement d'admettre l'existence d'écrits électroniques<sup>301</sup>. Cette constatation ne vaut pas uniquement dans le domaine de la preuve mais s'étend aussi au droit judiciaire<sup>302</sup>. La loi Bourgeois n'introduit pas de nouvelles dispositions particulières à ce sujet.

#### b. La signature en droit judiciaire

42. - L'exigence de la signature apparaît dans bon nombre de textes du Code judiciaire : requêtes unilatérales et contradictoires, requêtes d'appel, exploits de signification, etc.<sup>303</sup> Le Code ne spécifie pas expressément que les conclusions doivent être signées. Cependant il précise que l'original des conclusions doit être déposé au greffe. Un document original porte nécessairement la signature de son auteur. C'est précisément ce qui le distingue de la copie<sup>304</sup>. Le jugement doit être signé par le juge et le greffier (art. 782). Il n'est précisé nulle part que le pli judiciaire doit être signé par le greffier.

MALENGREAU, "Le droit de la preuve et la modernisation des techniques de réduction, de reproduction et de conservation des documents", Ann. dr. Louv., 1981, p. 116, qui s'appuie également sur la caractère unilatéral des documents ainsi créés pour les écarter du domaine de la preuve écrite. Ce dernier argument n'apparaît guère pertinent : un document peut être unilatéral et rester un écrit.

<sup>299</sup> M. ANTOINE & D. GOBERT, « Pistes de réflexion pour une législation relative à la signature digitale et au régime des autorités de certification », R.G.D.C., 1998, p. 285 s., n° 4.

<sup>300</sup> Doc. Parl. Ch. 50 38/008 - sess. ord. 99/00 du 30 juin 2000, p. 26.

<sup>301</sup> Si on peut considérer globalement que la question est tranchée, des difficultés subsistent néanmoins quant à la définition des fonctions de l'écrit. Voir : D. GOBERT & E. MONTERO, « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », J.T., 2001, p. 114 s. ; D. MOUGENOT, « Faut-il insérer une définition de l'écrit dans le Code civil ? », Ubiquité, 2000, n° 7, p. 121 s.

<sup>302</sup> Même si des confusions subsistent, dans la loi Bourgeois elle-même - cfr. supra - commentaire de l'article 2281 nouveau.

<sup>303</sup> Nous renvoyons à ce sujet au relevé indiqué dans G. de LEVAL, H.P. GODIN & D. MOUGENOT, *op. cit.*, n° 6.

<sup>304</sup> DE PAGE, *Traité*, t. III, 3e éd., n° 832 ; G. GOUBEUX & P. BIRH, *Rép. dr. civ. Dalloz*, v° Preuve, n° 1028 ; R. MOUGENOT, *La preuve*, *Rép. Not.*, t. IV, Livre, II, 2e éd., Larcier, 1997, n° 187.

De quelle forme de signature s'agit-il ? Dans l'esprit des auteurs du Code judiciaire, il ne pouvait s'agir que de la seule forme de signature connue alors, c'est-à-dire la signature manuscrite<sup>305</sup>.

A nouveau, il convient de distinguer le téléfax du courrier électronique à cet égard. Le téléfax, sauf utilisation (rare) d'une forme de signature électronique, présente toujours une copie de la signature et, par principe, ne peut donc satisfaire aux textes du Code judiciaire qui requièrent une signature en original. Par contre, le courrier électronique, pour autant qu'il porte une signature électronique valable, remplit ces exigences, dès lors que la loi du 20 octobre 2000 a également introduit la reconnaissance de la signature électronique dans notre droit.

Sur ce point, la loi Bourgeois propose des dispositions spécifiques, pour empêcher notamment que la nullité d'actes non signés ou mal signés puisse être soulevée (cfr. infra).

#### c. Le mode de transmission

43. - En règle générale, on peut affirmer que le Code judiciaire est peu formaliste en ce qui concerne les communications des parties vers le tribunal. Il se borne à préciser que les requêtes devront être adressées<sup>306</sup> au tribunal et/ou déposées<sup>307</sup> au greffe. Pour le pourvoi en cassation le Code dispose que celui-ci est formé par la "remise" d'une requête au greffe de la Cour (art. 1079). Parfois, le texte est encore plus vague : ainsi la récusation doit être "proposée par un acte au greffe" (art. 835).

Le terme "adresser" a un sens très général<sup>308</sup>. On en veut pour preuve la rédaction de l'article 1027 relatif à la requête unilatérale : il précise que la requête est adressée au juge appelé à statuer sur la demande. Elle est déposée au greffe ou adressée sous pli par l'avocat au greffier. Manifestement "adresser" est simplement synonyme de "faire parvenir" puisque les auteurs du texte ont cru devoir préciser la manière d'adresser la requête : soit par dépôt, soit par pli.

<sup>305</sup> « La marque manuscrite par laquelle le testateur révèle habituellement sa personnalité aux tiers », Cass., 7 janv. 1955, *Pas.*, 1955, I, p. 456 ; Cass., 2 oct. 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 106. Les auteurs reconnaissent que la définition donnée à un caractère général : P. VAN OMMESSLAGHE, "Les obligations - examen de jurisprudence (1974 - 1982)", R.C.J.B., 1988, p. 162, n° 243 ; M. VAN QUICKENBORNE, "Quelques réflexions sur la signature des actes sous seing privé", R.C.J.B., 1985, p. 79, n° 17.

<sup>306</sup> Requête en assistance judiciaire (art. 673 - celle-ci peut même être verbale), demande de fixation (art. 747 § 2 et 750 § 2), demande de nouveaux délais pour conclure (art. 748 § 2), envoi de la liste des témoins (art. 922), requête unilatérale (art. 1027)...

<sup>307</sup> Requête en réouverture des débats (art. 773), acte de reprise d'instance (art. 816), requête d'appel (art. 1056). Les conclusions sont également déposées (art. 742).

<sup>308</sup> Selon le Robert : "faire parvenir à l'adresse de quelqu'un".

Le dépôt fait plus expressément référence à une démarche au greffe. Encore une fois, le texte de l'article 1027 est assez éclairant puisqu'il oppose dépôt et envoi postal. Cela étant, il ne faut pas y voir une exigence très contraignante dès lors que, dans la pratique, bon nombre d'actes de procédure sont envoyés au greffe par la poste, sans qu'il y ait matière à une quelconque nullité.

On peut donc en déduire que la généralité des termes utilisés ne fait nullement obstacle à l'usage du fax ou du courrier électronique.

Par contre, dans certaines hypothèses, le Code judiciaire s'est montré plus précis. Ainsi, la requête contradictoire (art. 1034 quinquies) et, plus spécifiquement, en matière sociale (art. 704), doit être adressée par pli recommandé au greffe. Le Code prévoit également la possibilité d'interjeter appel par lettre recommandée en matière sociale (art. 1056). Même si la formalité du recommandé postal n'est pas prescrite à peine de nullité, la prudence voulait que le texte soit modifié pour que le recours au courrier électronique ou à d'autres formes de communication soit admis.

Le problème de la communication du tribunal vers les parties est plus épineux.

Tout d'abord, le Code judiciaire fait à différentes reprises mention d'envois par simple avis ou par lettre missive, spécialement aux avocats<sup>209</sup>. Le texte légal oppose très clairement ce mode de communication au pli judiciaire<sup>210</sup>. À défaut d'autres indications, la forme de ces envois doit respecter le prescrit de l'article 32, qui régit les notifications en général, soit "l'envoi d'un acte de procédure, en original ou en copie". Selon l'article, l'envoi par pli simple a lieu par la poste. On pouvait dès lors s'interroger sur la possibilité d'utiliser d'autres procédés.

Le Code impose souvent l'utilisation du pli judiciaire. Celui-ci est un type spécial d'envoi recommandé par la poste avec accusé de réception (le "carton bleu")<sup>211</sup>. L'article 46 § 2 al. 2 dispose que le pli judiciaire est remis par la poste à la

<sup>209</sup> Articles 750, 751, 792, 943, 951, etc. En outre certains greffes ont pris l'habitude de procéder à des envois non expressément requis par le Code judiciaire, par exemple des formulaires par lesquels les parties sont invitées à faire connaître leur accord sur les honoraires d'un expert. L'article 984 se borne à préciser les conséquences de l'accord ou du désaccord des parties relativement à ces honoraires mais ne prescrit pas aux greffiers l'envoi de tels formulaires.

<sup>210</sup> Exemples : art. 751 § 1 : "Dans les autres cas, l'avertissement est donné par le greffier sous pli judiciaire; le cas échéant, le greffier avertit aussi, par simple avis, l'avocat de la partie." - art. 951 : "Une copie certifiée conforme du procès-verbal est notifiée aux parties par le greffier sous pli judiciaire (...). Une copie non signée du procès-verbal est notifiée, sous simple lettre, par le greffier aux avocats des parties."

<sup>211</sup> A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, 2e éd., Fac. Dr. Liège, 1987, n° 247.

personne du destinataire, qui est invité à signer un accusé de réception. Cette disposition légale est trop précise pour permettre l'usage du fax ou du courrier électronique. On ne pourrait en effet affirmer que le texte autorise l'utilisation de tout équivalent fonctionnel satisfaisant de l'envoi recommandé, puisque le Code fait expressément référence à l'intervention d'un employé de poste, qui joue un rôle actif dès lors qu'il doit relater l'éventuel refus de signature par le destinataire au bas de l'accusé de réception.

Les formes imposées par l'article 46 ne sont pas prescrites à peine de nullité<sup>212</sup>. Le juge qui constate une irrégularité ayant porté atteinte aux droits de la défense se doit simplement de refuser de statuer et d'ordonner qu'un nouveau pli satisfaisant aux conditions légales soit adressé au défaillant<sup>213</sup>. Si l'irrégularité constatée n'est pas accidentelle mais tient au recours systématique par les greffes à un mode de communication non conforme à la loi, il n'est évidemment pas possible de remédier à la carence par un nouvel envoi.

Sur ces différentes questions, l'apport de la loi du 20 octobre est fondamental.

### C. Le nouvel article 32 du Code judiciaire

#### a. La notification

44. - Le 2° de l'article 32, qui définit la notification, est désormais complété en vue de permettre l'emploi du fax et du courrier électronique. Désormais, partout où le terme 'notification' apparaît dans le Code, il faut considérer que le courrier électronique et le fax sont autorisés pour la réaliser.

#### b. Communication, notification ou dépôt qui peuvent avoir lieu par lettre ordinaire

45. - L'article est en outre complété d'un nouvel alinéa : *une communication, une notification ou un dépôt qui peuvent avoir lieu par lettre ordinaire peuvent également avoir lieu valablement par télécopie ou par courrier électronique, pour autant que le destinataire indique un numéro de télécopie ou une adresse électronique ou les utilise régulièrement.*

<sup>212</sup> J.P. Anderlecht, 6 juin 1978, J.J.P., 1979, 275; J.P. Hannut, 26 nov. 1985, J.L., 81.

<sup>213</sup> A. FETTWIS, *op. cit.*, n° 248.

A cet égard, notons qu'il ressort des travaux en commission que la loi a une portée générale et qu'elle concerne également la communication des conclusions, d'actes d'appel, etc.<sup>214</sup> Il était d'ailleurs prévu que le terme 'dépôt' soit remplacé par le terme 'introduction', mais cette modification n'a pas finalement pas été adoptée. Cette portée générale conférée au texte devrait assurer une interprétation favorable des dispositions du Code dans les questions particulières qui se poseront quant à la validité de ces modes de communications, envisagées dans des hypothèses particulières (notamment en matière de pli judiciaire – cfr. infra).

Le texte pose cependant deux conditions non cumulatives à cet usage. Soit le destinataire indique une adresse électronique ou un numéro de fax (1), soit il les utilise régulièrement (2).

*1. Le destinataire indique une adresse électronique ou un numéro de fax.*

On peut à cet égard constater qu'un nombre sans cesse croissant d'avocats, huissiers, notaires, mais aussi des justiciables, mentionnent une adresse de courrier électronique dans leurs courriers. Dorénavant, cette mention constituera une autorisation pour les tiers de communiquer avec eux via ce mode de communication. On peut dans ce cas se poser la question de savoir si on ne se trouve pas face à une élection de domicile électronique. Cette notion demeure cependant assez floue et est difficilement analysable au travers de la conception actuelle du domicile.

*2. Le destinataire utilise régulièrement un de ces moyens de communication.*

Cette condition a été légèrement modifiée par rapport au projet initial. Le terme '*régulièrement*' a été introduit afin de tenir compte des remarques formulées en commission<sup>215</sup>. Certains parlementaires craignaient en effet que l'utilisation unique d'un fax, par exemple lors d'un congrès, ne permette à un tiers de répondre sur ce fax. Cette mention ne résout pas tous les problèmes : à partir de combien d'utilisations peut-on parler d'emploi régulier d'un fax ou du courrier électronique ?

On peut dès lors s'interroger sur l'opportunité de cette possibilité. Si un avocat mentionne dans sa correspondance une adresse électronique, il ne fait aucun doute qu'il accepte les communications et les envois de documents par E-mail sur cette adresse. Il en va tout autrement d'une adresse électronique qu'il aurait créée à des fins personnelles, et dont un tiers apprendrait l'existence d'une manière ou d'une

<sup>214</sup> Rapport de la commission de la Justice, p. 41.

<sup>215</sup> *Idem*, p. 41.

autre, mais sans que le 'propriétaire' de cette adresse ait manifesté son consentement à y être valablement contacté dans le cadre de ses activités professionnelles. Cette réflexion menée dans l'hypothèse d'un avocat vaut également pour un justiciable qui peut souhaiter réserver son adresse électronique à quelques personnes seulement. Cela pourrait engendrer des conséquences tout aussi surprenantes que désagréables tant pour l'expéditeur que pour le destinataire<sup>216</sup>.

Le critère de l'utilisation régulière est donc flou et dangereux et devrait être supprimé.

La prudence recommande en tout cas à l'expéditeur de n'utiliser que des adresses électroniques ayant un caractère 'officiel', pour lesquelles on peut être sûr que le destinataire a marqué son accord d'y être contacté. Un tel destinataire a par ailleurs l'obligation de relever ses messages fréquemment, les envois ainsi effectués étant valablement accomplis<sup>217</sup>.

*c. Communication, notification ou dépôt qui doivent avoir lieu par lettre recommandée à la poste.*

46. - Un troisième alinéa est introduit dans l'article 32 : *une communication, une notification ou un dépôt qui doivent avoir lieu par lettre recommandée à la poste peuvent également avoir lieu valablement par télécopie ou par courrier électronique, pour autant que le destinataire fournisse un accusé de réception.*

Ce nouvel alinéa 3, qui ne figurait pas dans la proposition initiale, permettra désormais d'accomplir une communication, une notification ou un dépôt<sup>218</sup> qui doivent avoir lieu par lettre recommandée à la poste à l'aide d'un fax ou d'un E-mail, à la condition que le destinataire fournisse un accusé de réception. Les travaux parlementaire précisent que, si aucun accusé de réception n'est fourni, il faut recourir à la lettre recommandée traditionnelle<sup>219</sup>.

<sup>216</sup> Courrier électronique envoyé à une adresse que le destinataire avait 'oubliée'. Qui doit alors supporter la responsabilité de cette communication 'ratée' ? Le destinataire qui n'a pas relevé une boîte aux lettres 'privée', ou l'expéditeur qui aurait dû faire preuve de plus de circonspection dans le choix de l'adresse électronique du destinataire ?

<sup>217</sup> C'est d'ailleurs une obligation déontologique imposée par l'Ordre français des avocats du Barreau de Bruxelles aux avocats qui mentionnent une adresse électronique sur leur papier à en-tête. Voir : J.P. BUYLE, « Le point de vue du barreau », in Multimédia – le cyberavocat, *op. cit.*, p. 337.

<sup>218</sup> Ces termes, comme précisé plus haut, doivent également s'entendre de manière large, Rapport de la Commission de la Justice, p. 41.

<sup>219</sup> *Idem*, p. 41.

On ne peut que se réjouir de cet ajout. Il aurait en effet été regrettable que l'ouverture de la procédure aux nouveaux moyens de communication ait été limitée aux seuls envois 'ordinaires', alors que la technologie peut garantir un niveau de sécurité équivalent voire supérieur à la technique de l'envoi recommandé par la poste.

Une première remarque concerne les termes employés : la disposition spécifie que le destinataire doit fournir un accusé de réception. Qu'en est-il des systèmes qui enverraient automatiquement un accusé de réception, sans intervention du destinataire ? Pourrait-on considérer dans ce cas que c'est encore le destinataire qui a fourni la preuve de la bonne réception de l'envoi ? On a ici effectivement la certitude que l'envoi est bien arrivé dans la boîte aux lettres du destinataire mais ce dernier, s'il ne relève pas son courrier, ne sera pas informé de l'arrivée du message. Notons cependant qu'exclure cette hypothèse reviendrait à cautionner la théorie de l'information, selon laquelle un acte ne produit ses effets à l'égard du destinataire que lorsque ce dernier en a pris connaissance. Cette théorie est rejetée par la quasi totalité de la doctrine. On peut concevoir que, dès l'instant où le destinataire indique une adresse de courrier électronique, il pèse sur lui une obligation de consultation régulière de sa boîte aux lettres, obligation de résultat. Enfin, si l'on exige que le destinataire fournisse un accusé de réception manuel, non automatisé, n'est-ce pas abandonner l'émetteur à l'éventuelle mauvaise foi du destinataire qui, bien qu'ayant reçu le message, s'abstiendrait d'envoyer l'accusé de réception, obligeant ainsi l'auteur à réitérer l'envoi via une lettre recommandée<sup>220</sup> ?

Une autre remarque est relative à la preuve de la communication : comment l'auteur de l'envoi peut-il prouver que le destinataire a bien envoyé l'accusé de réception, si celui conteste par la suite l'avoir envoyé ? La loi n'impose pas l'usage de la signature électronique sur l'accusé de réception. Compte tenu des possibilités de fraude qu'offre la messagerie électronique en réseau ouvert, le procédé n'offre donc pas de garanties réelles d'identification de l'auteur de l'accusé de réception. Dès lors, l'utilisation de la signature électronique - plus particulièrement de la technique de la signature digitale - si elle n'est pas obligatoire, offre néanmoins des avantages sérieux au niveau probatoire. En effet, un message sera signé par l'auteur de l'accusé de réception à l'aide de sa clé privée,

<sup>220</sup> Quoi qu'il en soit, la prudence recommandera toujours d'envoyer un recommandé traditionnel si l'auteur de l'acte soupçonne la mauvaise volonté de son destinataire, qui, au demeurant, peut toujours désactiver la fonction d'envoi d'accusé de réception automatique de son logiciel de messagerie électronique. C'est une des conséquences de la disparition du tiers neutre que représente la poste dans la communication.

qui lui est strictement personnelle. Le destinataire, pour vérifier ce qu'il est convenu d'appeler l'authenticité de la signature, utilisera la clé publique du signataire. Si la vérification est concluante, il aura alors (sauf le cas de fraude ou d'erreur technique) la certitude qu'il s'agit bien de la bonne personne et que l'intégrité du message a été préservée. Si, par la suite, l'auteur de l'accusé de réception venait à nier l'envoi de ce dernier, il suffirait que le destinataire transmette au juge le message contenant l'accusé de réception et la signature pour que ce dernier procède lui-même à cette vérification et soit convaincu de la réalité de l'envoi de l'accusé de réception.

Signalons également que, dans l'hypothèse où une partie qui reçoit l'accusé de réception constate que la signature électronique manque ou que celle-ci n'est pas fiable et redoute la mauvaise foi de son adversaire, elle pourra éventuellement, en vertu du nouvel article 863 alinéa 2 du Code judiciaire (introduit par la loi), demander au juge d'ordonner à l'auteur de l'acte de confirmer la signature (cfr. infra<sup>221</sup>). Cette solution n'est toutefois pas certaine, dès lors que l'article 863 sert à réparer l'omission d'une formalité. Le juge pourrait-il imposer la signature de l'accusé de réception si cette signature n'est pas exigée par la loi ?

Afin d'obtenir un niveau de sécurité encore supérieur, on peut envisager de recourir à l'intervention de Trusted Third Parties. En outre, cela réintroduirait l'intervention d'un tiers neutre dans l'opération et on se rapprocherait davantage de la technique du recommandé actuel. Ne pourrait-on pas envisager qu'un tel système soit mis en place au niveau des barreaux ou pourquoi pas par la Poste elle-même ?

Un autre point à relever concerne l'articulation entre cette nouvelle disposition et l'article 21, § 2 de l'arrêté royal du 9 juin 1999<sup>222</sup>, qui dispose que, si n'importe qui peut désormais offrir un service de recommandé électronique, les envois recommandés utilisés dans le cadre de procédures judiciaires ou administratives font toujours partie des services réservés à la Poste. La notification prévue à l'article 32 est-elle dès lors visée par cette disposition ? La réponse n'est pas claire. Soit on considère que les auteurs du projet n'avaient pas pour but d'introduire un véritable recommandé électronique mais plutôt de conférer à une technique particulière un effet équivalent. Dans ce cas, la technique échapperait au monopole de la Poste. Soit il faut admettre que l'article 32 institue une véritable

<sup>221</sup> On peut de nouveau douter qu'en cas de mauvaise foi du destinataire, celui-ci accepte de régulariser sa signature, puisque par hypothèse il souhaiterait contester l'envoi de l'accusé de réception. Ici encore, s'il y a un doute, il conviendra d'utiliser un recommandé traditionnel.

<sup>222</sup> Cet arrêté royal a été confirmé par l'article 239 de la loi du 12 août 2000 "portant des dispositions sociales, fiscales et diverses", M.B. 31 août 2000.

forme de recommandé électronique et l'intervention de la Poste dans son envoi est dès lors inéluctable. Il est difficile de trancher dans l'état actuel du texte. Rappelons également que, si aucun accusé de réception n'est fourni, il faut recourir à l'envoi recommandé traditionnel<sup>223</sup>. Cela démontre que l'on ne modifie ni la valeur de ce dernier, ni le rôle de la Poste en la matière.

#### *d. Remarque concernant le 'sens' des communications*

47. - Le texte ne précisant pas le 'sens' des communications, il est dès lors permis de penser qu'il s'agit aussi bien des transmissions des parties vers le greffe que de celles du greffe vers les parties ou encore de celles entre parties, pour autant que le destinataire (greffe ou partie) dispose de l'équipement nécessaire et indique une adresse E-mail ou un numéro de télécopie.

On peut cependant s'étonner de la remarque de Monsieur Bourgeois concernant le pli judiciaire, lors des travaux en commission. En effet, il affirme que le greffe continuera à utiliser la lettre recommandée à la Poste pour l'envoi des plis judiciaires<sup>224</sup>. Il est vrai que, pris à la lettre, le texte ne mentionne pas le terme 'pli judiciaire', mais simplement 'recommandé'. Mais le pli judiciaire n'est pourtant qu'une légère variante du recommandé avec accusé de réception<sup>225</sup>, utilisé dans le cadre de certaines notifications du greffe vers les parties<sup>227</sup>.

Cependant, étant donné la portée large que le législateur a voulu conférer aux termes du nouvel article 32, il semble que le pli judiciaire devrait pouvoir être doublé de cette nouvelle technique. Le pli judiciaire traditionnel, tel qu'il est réglementé par l'article 46 du Code judiciaire, ne serait alors plus utilisé qu'à l'égard de destinataires ne mentionnant pas d'adresse électronique ou de numéro de télécopie. Une rédaction plus explicite sur point serait cependant souhaitable<sup>228</sup>.

<sup>223</sup> Rapport de la Commission de la Justice, p. 41.

<sup>224</sup> *Idem*, p. 41.

<sup>225</sup> Peut-être faut-il trouver l'explication de cette remarque dans les interpellations des membres de la Commission de la justice qui précèdent. Plusieurs députés s'étaient inquiétés de la possibilité qu'un justiciable utilise le télécopie ou l'adresse électronique d'un tiers sans son consentement. M. Bourgeois y répond en signalant que seuls les avocats sont concernés par cette disposition, à l'exclusion des justiciables eux-mêmes.

<sup>226</sup> Qui est à distinguer de l'envoi recommandé 'simple', sans accusé de réception.

<sup>227</sup> Voir les articles 792 alinéas 2 et 3 du Code judiciaire. Mais également les articles 1048 al. 1, 1051 al. 1, 1675/9 § 1<sup>er</sup>, et 1675/16 al. 1. Cette notification sous pli judiciaire remplace dans ces cas, limitativement énumérés par la loi, la signification du jugement.

<sup>228</sup> Soit par une mention expresse dans l'article 32 du Code judiciaire, soit par une modification de l'article 46 du même Code.

#### *e. Remarque concernant le fax*

48. - Une distinction subsiste encore quant à l'utilisation du fax et du courrier électronique, le recours à un procédé de signature efficace et à un éventuel tiers de confiance n'étant usuellement possibles que pour ce dernier. Concernant le fax, les problèmes anciens subsistent. Ainsi, on se trouve toujours en présence d'une copie de signature et il n'existe pas de moyen absolu pour garantir l'origine, la date et la réalité de l'envoi. Le courrier électronique, s'il est correctement utilisé, constitue donc un moyen plus sûr, aussi bien pour l'expéditeur que pour le destinataire.

Il y a néanmoins un réel progrès en ce que la notification par fax est maintenant formellement admise, levant les doutes et les hésitations que cette technique suscitait jusqu'alors.

### **D. Le nouvel article 52 du Code judiciaire**

#### *a. Position du problème*

49. - Selon l'article 52 in fine, un acte ne peut être valablement accompli au greffe qu'aux jours et heures pendant lesquels le greffe est accessible au public. Cette règle a pour conséquence que, pour les actes qui doivent être reçus au greffe endéans un certain délai, la partie ne bénéficie pas du dernier jour jusqu'à minuit mais du dernier jour jusqu'à 16 heures<sup>229</sup>. M. & M. STORME s'interrogent sur la portée réelle de l'art. 52 al. 2, et en particulier de l'expression « les actes accomplis au greffe » : *Kan men werkelijk stellen dat het neerleggen van een akte per fax « ter griffie wordt verricht » ? Of kan men niet zeggen dat het faxtoestel van de griffie in een rechtstaat 24 uur op 24 uur toegankelijk moet zijn voor het publiek ?*. Nous pensons que toute communication d'un acte de procédure au greffe, qui suppose la remise de l'acte au greffier, soit directement, soit par envoi postal ou autre, est bien « un acte accompli au greffe », donc régi par l'article 52 al. 2.<sup>231</sup>

<sup>229</sup> P. ROUARD, *Traité de droit judiciaire privé*, t. Prélim., I, Bruylant, Bruxelles, 1979, n° 635. Voir aussi C. trav. Liège, 12 novembre 1997, J.L.M.B., 1998, 326, qui déclare irrecevable un acte d'appel adressé par fax au greffe à 17 h 21, quand bien même un employé du greffe serait toujours présent à ce moment.

<sup>230</sup> M. STORME & M. STORME, « De telefax in het procesrecht », in *Liber Amicorum M. Briers*, Gent, Mys & Breesch, 1993, p. 387.

<sup>231</sup> En matière sociale l'appel peut être formé par lettre recommandée, conformément à l'article 1056, 3° C. Jud. Or la Cour du travail de Liège, dans l'arrêt cité à la note 14, a considéré que l'appel formé de cette manière est un « acte accompli au greffe » nonobstant la transmission postale. Je pense que le raisonnement peut être généralisé à tout envoi d'acte de procédure, que ce soit par courrier - ordinaire ou électronique - ou par fax.



Il convient alors de déterminer la sanction qui s'attache au non-respect de cette disposition. L'article 52 ne précise pas cette sanction, pour la raison qu'il a vocation à s'appliquer à des types de délais assez différents et qu'il y a lieu de se reporter à chaque fois à d'autres textes du Code judiciaire pour déterminer si le délai est prescrit à peine de déchéance ou de nullité. MM. STORME envisagent à cet égard la possibilité de sauver la transmission réalisée le dernier jour après la fermeture du greffe, en appliquant l'article 867 C. Jud., qui précise à quelles conditions une nullité peut être couverte<sup>232</sup>. Il faut dire qu'à l'époque où ils écrivent, la question de savoir si l'article 867 s'appliquait aux actes accomplis hors délai était controversée<sup>233</sup>. Par deux arrêts prononcés le 5 janvier 1996, la Cour de cassation décida que cette disposition ne s'appliquait pas aux délais prescrits à peine de déchéance ou de nullité<sup>234</sup>. La loi du 23 novembre 1998, modifiant l'article 867, a renversé cette position, en précisant explicitement que la couverture de la nullité s'applique aussi au non-respect des délais prescrits à peine de nullité. Il semble toutefois admis que cette disposition nouvelle ne s'applique pas aux délais « accélérateurs » ou aux délais prescrits à peine de déchéance<sup>235</sup>. La limite entre ces deux concepts n'est pas toujours facile à définir<sup>236</sup>. Dans cette mesure, l'article 867 C. Jud., même dans sa version actuelle, n'est pas applicable à tous les délais. On ne pourrait donc, comme le suggèrent MM. STORME, accepter comme principe le dépôt d'un acte de procédure le dernier jour après la fermeture du greffe, au motif que l'irrégularité serait couverte par la ratio legis du texte, qui imposerait de prendre en considération la date du dépôt plutôt que l'heure. Il reste toutefois possible d'invoquer la force majeure, pour tenter de justifier une transmission tardive<sup>237</sup>.

### b. Solution nouvelle

50. - La loi du 20 octobre 2000, en modifiant l'article 52 alinéa 2 du Code judiciaire, permet l'accomplissement d'un acte au greffe par télécopie ou par

<sup>232</sup> Loc. cit.

<sup>233</sup> Voir les références citées par H. BOULARBAH, « Le nouvel article 867 du Code judiciaire », *J.T.*, 1999, 321, n° 2, note 3.

<sup>234</sup> Les deux arrêts sont publiés dans P. & B., 1996, 89. Le premier dans la J.L.M.B., 1996, 295, le *J.T.*, 1996, 444 et la *Pasicrisie*, 1996, I, 15.

<sup>235</sup> H. BOULARBAH, *op. cit.*, n° 9 et 10. Voir cependant K. VAN DAMME, « Het nieuwe artikel 867 Ger. W. ... zijn normdoel voorbij », in *A.J.T. Recente wetgeving 1998-1999*, Mys & Breesch, Gent, 1999, p. 105 s., qui considère que le nouveau texte s'applique aussi aux délais accélérateurs et prescrits à peine de déchéance autres que prévus pour former un recours.

<sup>236</sup> J. ENGLEBERT, « Les délais », in *Les sanctions en droit judiciaire*, Antwerpen, Kluwer, 1994, p. 51 s.

<sup>237</sup> J. LAENENS, « Termijnen in het gerechtelijk recht », *R.G.D.C.*, 1991, p. 7 s., n° 23.

courrier électronique, même en dehors des heures d'ouverture de celui-ci. C'est la conséquence logique de l'utilisation de nouveaux moyens de communication dans les relations greffe/partie. Sans cela, ces procédés auraient été privés d'une bonne part de leur utilité. Il faudra toutefois être attentif au fait que cette dérogation ne vaut que pour les actes accomplis par fax ou par courrier électronique. Pour les actes déposés par démarche physique ou adressés par la poste, la règle antérieure subsiste et ils ne pourront être valablement accomplis qu'aux heures d'ouverture des greffes. Lors des discussions en Commission de la Justice, un député s'était ému du caractère discriminatoire de cette disposition. La différence de traitement peut toutefois se justifier par le fait que, dans le cas du fax et du courrier électronique, il existe un système automatique de réception du message qui permet de le dater, indépendamment de toute intervention humaine. Si on devait prendre en considération les plis déposés dans la boîte aux lettres (ordinaire et non électronique) du greffe, il serait impossible de déterminer si le dépôt a eu lieu après la fermeture du greffe, avant minuit, ou le lendemain, entre minuit et l'heure d'ouverture du greffe. La nuance est importante si le respect d'un délai est en jeu.

Un nouvel alinéa est également introduit et détermine la date à laquelle l'acte accompli par télécopie ou par courrier électronique est considéré comme reçu par le greffe. Il s'agit du moment où « il arrive<sup>238</sup> », que le greffe soit ou non accessible au public à ce moment ». Ainsi par exemple, un acte pourra désormais être transmis au greffe à 23 heures 50, sans pour autant être considéré comme ayant été déposé le lendemain. Dans le cas particulier d'une requête, la date de la réception est celle de son enregistrement au rôle. Préalablement à cette inscription, les droits de greffe sont payés. Or, si une requête est envoyée au greffe après les heures d'ouverture, elle ne pourra être enregistrée que le lendemain. Il était donc indispensable, après avoir établi la validité de principe d'une telle transmission au greffe en dehors des heures d'ouverture, de préciser que c'est la date d'arrivée de l'acte dans la boîte aux lettres électronique du greffe ou sur le fax qui compte<sup>239</sup>. Signalons cependant qu'une solution doit encore être élaborée pour le paiement électronique des droits de mise au rôle.

Remarquons que cet alinéa 3 de l'article 52, relatif à la fixation de la date d'accomplissement d'un acte, n'est applicable que pour que l'envoi, par télécopie ou par courrier électronique, d'un acte vers le greffe. Pour toutes les autres

<sup>238</sup> Voir Rapport de la Commission de la Justice, p. 43.

<sup>239</sup> Le terme « arriver », tiré du langage courant, aurait peut-être pu être remplacé par un terme plus adéquat, tel que « est réceptionné ».

<sup>240</sup> Sur ce point voir le rapport de la Commission de la Justice et l'audition M. Ghislain VAN AKEN, greffier en chef du tribunal de première instance de Bruxelles, p. 17.

communications, telles celles du greffe vers les parties, ou celles entre parties, le projet n'apporte aucune modification. On peut donc supposer que c'est le droit commun qui s'applique. A cet égard, il semble utile d'évoquer ici la question qui existe en droit judiciaire relativement à la date à laquelle une notification produit ses effets, dans laquelle sont opposées deux théories : celle de l'**expédition** et celle de la **réception**. Selon la première, la notification produit ses effets le jour de l'envoi, contrairement à la seconde qui considère que c'est le jour de la réception de la notification qui importe. Sans entrer dans la controverse, rappelons que la Cour de cassation semble avoir donné la préférence à la théorie de l'expédition<sup>241</sup>, alors qu'une grande majorité de la doctrine privilégie actuellement celle de la réception<sup>242</sup>. Une des raisons (voire l'unique raison ?) qui donne de l'importance au débat est sans aucun doute le fait que les notifications actuelles, étant effectuées par la Poste (qu'il s'agisse d'une simple lettre, d'un recommandé ou d'un pli judiciaire), entraînent systématiquement un certain délai (un jour, parfois plusieurs), entre l'envoi de la notification et sa réception. Mais l'utilisation de techniques modernes telles que le courrier électronique ou le fax permet de réduire ce laps de temps à quelques minutes, voire quelques secondes. La communication est ici quasi-instantanée. Le destinataire de la notification peut prendre connaissance de celle-ci presque concomitamment de son envoi. Dans ce cas de figure précis, la question du choix de la théorie soit de l'expédition, soit de la réception, semble perdre de son intérêt. La question reste cependant entière pour les modes de communication traditionnels, et plus particulièrement s'ils sont amenés à être utilisés parallèlement aux techniques modernes dans le cadre d'une même procédure. Peut-être le législateur trouvera-t-il ici l'opportunité de prendre position sur la question dans son ensemble. Comme le souligne M. VAN DROOGHENBROECK :

*Plus spécifiquement, et plus urgemment, l'on ne pourra faire l'économie d'une réflexion sur la date de la notification dans le contexte de la discussion, qui s'est déjà engagée, sur le thème de l'extension des modes de notification aux moyens de communication plus modernes (télécopie, courrier électronique, etc...)*

*Le régime de la théorie de l'expédition est-il le plus approprié pour appréhender à la fois les modes de notification à effet différé (plis ordinaires,*

<sup>241</sup> Cass. 20 février 1998, R.C.J.B., 1999, p. 191, avec la note de J.-F. VAN DROOGHENBROECK, "La notification en droit judiciaire privé à l'épreuve des théories de la réception et de l'expédition", et les nombreux arrêts que l'auteur cite à la note 6, p. 194.

<sup>242</sup> Voir notamment, outre la note précitée, G. de LEVAL, "La date de l'effet de la notification", obs. sous cass., 17 mars 1997, J.L.M.B., 1997, p. 709-711 ; B. MAES, "Het begrip 'kennisgeving' als vertrekpunt van de termijn van hoger beroep", note sous cass., 9 décembre 1996 et sous cass., 23 septembre 1996, P. & B. / D.J.D.P., 1997, p. 48 et suiv. ; J. LAENENS, "De kennisgeving van een beslissing als vertrekpunt van een vervaltermijn", note sous cass. 9 décembre 1996, R.W., 1997-1998, p. 682.

*recommandés ou judiciaires) et les modes de notification à effet immédiat (à quelques secondes près : télécopie, courrier électronique) ? L'on peut en douter, sauf évidemment à cautionner de nouvelles distorsions de traitements.*

*Gageons, en toute hypothèse, que la question ne sera pas négligée<sup>243</sup>.*

Par contre, le problème de la preuve de la transmission et du jour où elle a lieu subsiste. De nouveau, le recours à un tiers de confiance pourrait être une solution. Si tel n'est pas le cas, l'auteur de l'acte se trouvera relativement démuné pour prouver qu'il a bien envoyé le message, si le greffe conteste l'avoir reçu<sup>244</sup>. Les relevés de son ordinateur ou de son fax étant facilement modifiables, on imagine sans peine les difficultés de preuve auxquelles il sera confronté<sup>245</sup>.

### E. le nouvel article 863 du Code judiciaire

51. - Cet article énonce que *Dans tous les cas où la signature est nécessaire pour qu'un acte de procédure soit valable, la nullité ne peut être prononcée que si la signature n'est pas régularisée à l'audience ou dans un délai fixé par le juge.*

*L'exigence de la signature n'empêche pas que l'acte puisse également être accompli valablement par télécopie ou par courrier électronique. Si une partie qui y a intérêt le demande, le juge peut toutefois ordonner à l'auteur de l'acte de confirmer la signature.*

On réitère ici l'autorisation d'accomplir un acte de procédure par téléfax ou par courrier électronique, pour autant qu'il soit autorisé par le nouvel article 32. Cette condition n'est pas exprimée dans le texte mais semble s'imposer d'elle-même. Il est à noter que le courrier électronique est également visé, ce qui n'était pas le cas dans la proposition initiale.

On peut doublement s'interroger sur l'utilité de ce nouvel article. D'une part, l'article 32 nouvelle version établit déjà le principe de la validité d'un acte accompli par fax ou par courrier électronique, puisqu'il précise que tout « dépôt » (d'acte de procédure) peut être effectué de cette manière. Était-il nécessaire de le répéter ? D'autre part, l'article 867 du Code judiciaire permet également d'éviter la nullité d'un acte de procédure qui ne serait pas conforme aux exigences du Code

<sup>243</sup> J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 217, n° 42.

<sup>244</sup> Mais le problème n'est-il pas identique en cas d'envoi d'une simple lettre ?

<sup>245</sup> Voir sur ce point : D. MOUGENOT, "L'envoi de conclusions au greffe par téléfax", J.T., 2000, p. 122.



judiciaire. Cette disposition précise que la nullité (même absolue) d'un acte de procédure peut être couverte lorsque le dossier permet d'établir que l'acte a bien été accompli ou lorsque ledit acte a réalisé le but que la loi lui assigne. Cet article est de nature à sauver les actes ne portant pas de signature. On en veut pour preuve l'arrêt de la Cour de cassation du 22 décembre 1995<sup>246</sup>, qui considère que le fait que la copie d'un exploit de signification ne porte pas la signature de l'huissier n'emporte pas la nullité de l'exploit, lorsque celui-ci a rempli le but que la loi lui assigne.<sup>247</sup> L'article 867 autorise également la réparation de l'acte imparfait. Comme l'écrit C. PANIER : *une forme saine vient, comme par transfusion, revigorer un acte à la forme chancelante*<sup>248</sup>. Il est donc parfaitement possible de signer un acte de procédure postérieurement à son dépôt ou son envoi. Dans cette mesure, il était en principe inutile de prévoir la possibilité de régulariser un acte non signé ou mal signé en le signant à l'audience. Cet article présente néanmoins l'avantage d'établir une règle de couverture spécifique à la signature, tenant compte des particularités de ce type de nullité. Les modalités de la régularisation en sont ainsi précisées. On notera que le deuxième alinéa ne précise pas de délai pour confirmer la signature. Il semble néanmoins permis de penser que la solution prévue à l'alinéa premier peut être reprise<sup>249</sup>.

Par ailleurs, le commentaire des articles précise que " l'important est que la partie adverse puisse obtenir la certitude que l'auteur de l'acte télécopié ne puisse plus nier ultérieurement l'acte de procédure qu'il a posé " <sup>250</sup>. Généralement en procédure c'est la situation inverse qui se présente, la partie adverse contestant l'acte ainsi posé. L'intérêt de la disposition est justement de permettre à l'auteur de se prévaloir de l'acte ainsi effectué. On n'aperçoit qu'un seul cas où c'est bien le destinataire de l'acte qui aura un intérêt à en voir confirmer la validité : lorsque le destinataire d'un accusé de réception, pour se conformer au prescrit du nouvel article 32 alinéa 3, veut s'assurer que cet accusé de réception ne pourra plus être remis en cause par la suite. De cet accusé de réception dépend en effet la validité de l'acte qu'il a accompli<sup>251</sup>. Cependant, dans cette hypothèse, la loi ne requiert pas

<sup>246</sup> Cass., 22 déc. 1995, *Pas.*, 1995, I, 1195 ; J.L.M.B., 1996, 294. Pour un commentaire, voir J. ENGLEBERT, « Les nullités », in *Le point sur les procédures*, C.U.P., vol. 43, décembre 2000, p. 81 s., n° 28 s.

<sup>247</sup> *Adde* : Cass., 14 janvier 1999, *Pas.*, 1999, I, n° 23.

<sup>248</sup> C. PANIER, "La théorie des nullités à la lumière de la loi du 3 août 1992 modifiant le Code judiciaire", in *Le nouveau droit judiciaire*, Dossiers du J.T. n° 5, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 544.

<sup>249</sup> A savoir lors de l'audience elle-même ou dans un délai fixé par le juge.

<sup>250</sup> *Doc. Parl.* Chambre, session extraordinaire, 4 août 1999, n° 38/1, p. 2.

<sup>251</sup> Mais, comme déjà souligné plus haut, on peut douter que l'auteur de mauvaise foi de l'accusé de réception mal ou non signé accepte de la confirmer.

la signature de l'accusé de réception, de telle sorte qu'il est douteux que l'on puisse demander au juge d'imposer à la partie adverse de signer cet accusé (cfr. *supra*).

## F. Entrée en vigueur

52. - L'article 7 de la loi précise que les articles 4 à 6 n'entreront en vigueur qu'à une date fixée par le Roi. Il s'agit des dispositions modifiant le Code judiciaire (articles 32, 52 et 863). Cela se justifie par la nécessité de "mettre en place l'infrastructure sécurisée nécessaire et d'informer les personnes concernées par son application" <sup>252</sup>. Le Ministre de la Justice indique qu'il mettra tout en œuvre pour que les greffes disposent de l'équipement électronique convenable d'ici le 1er septembre 2001<sup>253</sup>.

Quant aux articles 2 et 3, qui ont trait aux modifications du Code civil, aucun délai spécifique n'est fixé pour leur entrée en vigueur. Il s'agit de la reconnaissance juridique de la signature électronique, ainsi que de l'introduction d'un régime de validité des notifications effectuées par courrier électronique et téléfax en matière extrajudiciaire. Rappelons qu'il aurait peut-être été préférable d'attendre que la loi relative à l'activité des prestataires de services de certification en vue de l'utilisation de signatures électroniques soit également entrée en vigueur étant donné les liens étroits et la complémentarité des deux projets.

## G. Remarque

53. - On peut remarquer que le choix a été fait de prévoir l'utilisation de nouveaux procédés de communication par la modification d'un texte de portée générale, plutôt que par des modifications répétées à chaque endroit du Code où la notification est prévue. Cette approche a le grand mérite de sauvegarder la cohérence du système et d'éviter de fâcheux oublis.

Cette manière de faire entraîne également une conséquence non négligeable. En effet, l'article 2 du Code judiciaire dispose que *Les règles énoncées dans le présent Code s'appliquent à toutes les procédures, sauf lorsque celles-ci sont régies par des dispositions légales non expressément abrogées ou par des principes de droit dont l'application n'est pas compatible avec celle des dispositions dudit Code*. Ainsi, sous réserve des deux exceptions qu'il prévoit, cet article rend les règles de procédures du Code judiciaire applicables autres lois de procédure qui contiennent

<sup>252</sup> Rapport de la Commission de la Justice, p. 45.

<sup>253</sup> *Idem*, p. 47.

des lacunes. Les modifications que le projet apporte, notamment à l'article 32 du Code, pourront dès lors être invoquées dans d'autres procédures. Par exemple, l'article 84 de l'arrêté du régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat<sup>254</sup> dispose que l'envoi au Conseil d'Etat de toute pièce de procédure est fait sous pli recommandé à la poste. Désormais le nouvel article 32 alinéa 3 permettra l'envoi des pièces par courrier électronique ou par fax, pour autant que le destinataire fournisse un accusé de réception. Ce raisonnement vaut également pour l'article 82 de la Loi spéciale sur la Cour d'arbitrage du 6 janvier 1989<sup>255</sup>.

## H. Observations finales

54. - 1. Le projet n'envisage toujours pas la possibilité d'effectuer une signification par voie électronique. Les significations posent des problèmes complexes. En effet, le mode actuel de signification par exploit d'huissier va à l'encontre des principes qui régissent l'informatique en réseau. Il s'agit d'une démarche personnelle de l'huissier qui tend à un contact direct avec le signifié ou une personne de son entourage, pour lui remettre un document en mains propres. En outre, la présence physique de l'huissier permet d'accompagner la remise de l'écrit par des explications verbales. Ce n'est pas par hasard si un tel luxe de précautions est pris : cela permettra à l'huissier d'attester dans un acte authentique la réalité de la transmission du document à signifier<sup>256</sup>. Dès lors que la signification est réalisée par ordinateur, les faits dont l'huissier peut attester la réalité se réduisent considérablement. En particulier il n'est plus témoin de la réception matérielle du document. Tout au plus pourrait-il constater que la procédure informatique a été respectée ou qu'il a reçu un accusé de réception. Il convient effectivement d'être très prudent avant de toucher à ce qui constitue un maillon fort de la communication judiciaire.

Certains auteurs en tirent la conclusion que, même dans un environnement judiciaire complètement informatisé, la signification ne peut se faire qu'en utilisant des documents sur support papier<sup>257</sup>.

<sup>254</sup> Arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat, M.B., 23-24 août 1948, err. M.B. du 8 octobre 1948 et M.B. du 21 novembre 1948.

<sup>255</sup> M.B. du 7 janvier 1989.

<sup>256</sup> G. de LEVAL, *Institutions judiciaires*, 2e éd., Fac. Dr. Liège, 1993, n° 294.

<sup>257</sup> V. DI CATALDO & G. GIRLANDO, "Appunti per l'informatizzazione del processo civile", *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1997, p. 53 s., n° 2.3.

Cela étant, la signification électronique permettrait d'alléger et d'accélérer la procédure et d'en diminuer le coût, tout en garantissant la bonne fin de l'opération, moyennant le respect de règles strictes. Une solution serait de réserver la signification électronique aux destinataires consentants. Il serait possible de s'inspirer de la procédure prévue à l'article 32 nouveau pour les notifications par voie recommandée, en rendant son régime plus sévère. D'une part, nous estimons que le téléfax ne pourrait être utilisé à cette fin et que la signification devrait être réservée au courrier électronique, compte tenu des garanties que la signature digitale<sup>258</sup> est susceptible d'apporter à la communication (identification de l'auteur, protection contre les altérations, intervention d'un prestataire de services de certification...). D'autre part, nous pensons que l'huissier devrait s'informer préalablement, par tout moyen, de l'accord du signifié de recourir à cette procédure et ne se contente pas de l'existence d'une adresse électronique sur un courrier. Il faudrait également renforcer les exigences relatives à l'accusé de réception : il devrait lui-même porter une signature digitale permettant d'en identifier l'auteur, ce qui n'est pas requis par l'article 32. Ces formalités sont contraignantes mais pourraient être accomplies sans trop de difficultés par des administrations ou des entreprises accoutumées à la réception d'exploits d'huissier, comme les banques, les compagnies d'assurances... La moindre irrégularité entraînerait la répétition de la signification selon les règles actuelles du droit judiciaire. Dans un premier temps, ce type signification électronique serait sans doute d'une utilisation limitée, du fait du rôle actif qu'il impose au signifié. Toutefois, il serait probablement appelé à se développer au fil du changement des habitudes.

2. Une attention et un soin particulier devront être consacrés à la mise en place de système de sécurité de la plus haute qualité, étant donné la caractère sensible des informations appelées à circuler sur les réseaux. A cet égard, la question de savoir quel type de réseau sera utilisé reste entière : l'Internet ou un, voire plusieurs intranet. La question est d'importance. Un intranet présente un plus haut degré de sécurité, mais alors comment permettre au justiciable qui se défend seul d'accéder à ce(s) réseau(x) ?

3. Rien n'est dit à propos de la confidentialité des communications. La plupart des acteurs du monde judiciaire sont pourtant soumis à cette obligation. Il semble donc prudent pour les professionnels d'utiliser une méthode de cryptage fiable et récente, de prévenir leurs clients des risques potentiels liés à ces types de communications et de prendre toutes les précautions nécessaires à la sauvegarde

<sup>258</sup> Ou, plus largement, une signature électronique avancée, au sens de la directive du 13 décembre 1999.

de la confidentialité. À terme, les organisations professionnelles concernées auront certainement un rôle à jouer à cet égard. D'une manière plus générale, une réflexion approfondie s'impose au sujet de la déontologie, notamment à propos la publicité des professions libérales.

4. Signalons enfin que sur proposition du Ministre de la Justice et du Ministre des Télécommunications, le Conseil des Ministres a prévu les budgets nécessaires pour le projet "E-justice". Concrètement, les projets suivants seront mis en œuvre :

- le lancement et le développement de projets pilotes à Hasselt et à Charleroi ;
- la mise à disposition des technologies de l'information et de la communication aux magistrats ;
- le développement d'une procédure électronique où les avocats pourront déposer les pièces par E-mail et par télécopie (probablement grâce au projet qui nous occupe) ;
- l'installation de systèmes de vidéoconférences ;
- la numérisation et la mise à dispositions de modèles de formulaires<sup>259</sup> ;

5. Cette loi ne concerne que le droit interne. Il faut toutefois noter que le Règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale<sup>260</sup> prévoit, en son article 4, que la transmission des actes, demandes, confirmations, accusés de réception, attestations et toute autre pièce entre les entités d'origine et les entités requises peut être effectuée par tout moyen approprié, sous réserve que le contenu du document reçu soit fidèle et conforme à celui du document expédié et que toutes les mentions qu'il comporte soient aisément lisibles. Ce texte légitime l'utilisation de procédés nouveaux de communication dans les relations judiciaires transfrontalières, pour autant que ces procédés offrent des garanties suffisantes de fiabilité.

6. La loi constitue une avancée de taille, même si sa rédaction est souvent maladroite et imprécise. Elle pose les bases d'une procédure adaptée à

<sup>259</sup> Voir : E. WERY, « Dame Justice se met à l'informatique », <http://www.droit-technologie.org>, actualités, 14 juillet 2000, qui cite aussi un exemple plus folklorique de surveillance des détenus par puce électronique...

<sup>260</sup> J.O.C.E. n° L 160 du 30/06/2000, p. 37.

l'environnement technologique qui devient progressivement l'ordinaire aussi bien du justiciable que du professionnel. Il est certain que cette évolution se poursuivra et ce, de plus en plus rapidement. Il était donc indispensable d'en tenir compte. Même si l'on ne peut s'empêcher de penser que l'on aurait pu pousser plus avant la réforme, on peut raisonnablement espérer que, lorsque le système mis en place aura prouvé sa valeur et sa fiabilité, ces modifications souhaitées suivront, comme la suite logique d'un plus vaste processus de modernisation. Le Ministère de la justice s'est d'ailleurs déjà fixé une tâche plus ambitieuse de réforme de l'intégralité du Code judiciaire, en vue de permettre l'informatisation complète de la procédure.

## 2. LE FICHIER CENTRAL DES AVIS DE SAISIE CREE PAR LA LOI DU 29 MAI 2000<sup>261 262</sup>

55. - Soucieux de donner aux organes du pouvoir judiciaire, aux auxiliaires de la justice et, par delà, aux créanciers, une meilleure information concernant le patrimoine des débiteurs et désireux de réaliser des économies de procédure, le législateur belge organise un régime de publicité des mesures de saisie, de délégation, de cession et de règlement collectif de dettes affectant le patrimoine de ces derniers. Cette publicité assure par ailleurs le respect du principe, fondamental en droit belge, de la vocation collective de la saisie.

Le système actuel des avis sous forme de fiches, classées manuellement dans des bacs métalliques au greffe, recèle toutefois plusieurs failles. Nombreux sont les retards de classement et les risques d'erreur. En outre, c'est par arrondissement que s'effectue la publicité ; une telle décentralisation n'est pas de nature à faciliter la consultation, spécialement dans l'hypothèse d'une procédure en règlement collectif de dettes.

Pour remédier à ces inconvénients, un fichier central des avis a été créé par la loi du 29 mai 2000 en vue de centraliser et d'informatiser lesdits avis (voy. les nouveaux art. 1389bis /1 à 1391 C. jud.). La création de ce fichier central répond à des objectifs aussi importants que le renforcement du caractère collectif de toute

<sup>261</sup> Publiée au Moniteur Belge du 9 août 2000 ; voy. l'exposé des motifs, *Doc. Parl. Ch.*, session ordinaire 1998-1999, n° 1969/1 - 98/99 et le Rapport fait au nom de la commission de la justice, *Doc. Parl. Ch.*, session ordinaire 1998 - 1999, n° 1969/5 - 98/99. Voir aussi le commentaire de E. DIRIX et S. BRIJS, « De centralisatie van de beslagberichten en andere wijzigingen aan het beslagrecht », *R.W.*, 2000, pp. 41 et s. et de V. van den HASELKAMP-HANSENNE, « La loi du 29 mai 2000 portant création d'un fichier central des avis de saisie, de délégation, de cession et de règlement collectif de dettes et modifiant certaines dispositions du Code judiciaire », *J.T.*, 2001, p. 257.

<sup>262</sup> Cette partie du rapport a été rédigée par V. van den HASELKAMP-HANSENNE.

procédure d'exécution forcée, la rationalisation de l'exécution forcée dans le respect du principe de l'économie de procédure, l'information la plus adéquate des créanciers concernant l'évolution de la situation du débiteur, l'allègement de la tâche des greffes et de la charge financière supportée par le Trésor public en raison de la gestion des fichiers des avis et enfin la constitution d'un instrument de mesure de la situation passive du débiteur surendetté devant permettre la recherche et la mise au point de solutions alternatives au droit de l'exécution forcée.

En vue de garantir la sécurité et l'exactitude des données, le nombre de personnes qui envoient les avis est volontairement limité ; il s'agit des huissiers de justice, des greffiers et des receveurs. Le médiateur de dettes envoie ses avis à l'intervention du greffe ou d'un huissier. Les modalités de l'envoi de tout avis au fichier des avis ainsi que les modèles des avis seront déterminés par arrêté royal.

56. - En raison de l'importance des informations qui y sont contenues et de l'usage abusif qui pourrait en être fait, la consultation du fichier est strictement subordonnée au respect des finalités exprimées dans l'article 1391, § 1er. Ainsi les avocats, à l'intervention de l'Ordre national des avocats ou au greffe du tribunal de première instance (il n'y a donc pas d'accès direct pour les avocats), les huissiers de justice et les receveurs de l'administration des Contributions directes, de la TVA, de l'Enregistrement et des Domaines peuvent - ou doivent, dans certains cas - prendre connaissance des avis lorsqu'ils sont chargés de diligenter une procédure de recouvrement au fond ou par voie de saisie contre une personne déterminée. Les notaires, à l'intervention de la Fédération Royale des Notaires de Belgique (il n'y a donc pas non plus d'accès direct pour les notaires) sont autorisés à consulter les avis établis au nom des personnes dont les biens doivent faire l'objet d'un acte relevant de leur ministère. Pour l'accomplissement de leurs missions légales, les médiateurs de dettes (le cas échéant à l'intervention du greffe, si le médiateur n'est pas un avocat, un notaire ou un huissier), les juges des saisies et les greffiers peuvent également accéder au fichier.

Toute demande de consultation du fichier des avis n'est recevable que si elle indique des mentions précises dont l'objet de la demande, justifiée conformément aux finalités conditionnant l'accès au fichier. Techniquement, l'accès aux données s'opère au moyen de codes individuels d'accès. Les titulaires de ces codes ne peuvent les divulguer à quiconque et sont personnellement responsables de l'usage qui en est fait. Les personnes qui ne respectent pas le caractère confidentiel des données enregistrées s'exposent à des sanctions pénales et peuvent

voir leur code individuel d'accès rendu inopérant pour une durée d'un an maximum, une seule fois prorogable.

L'enregistrement des données dans le fichier s'opère sans frais ; en revanche la communication des données enregistrées donne lieu à la perception d'une redevance. La consultation du fichier est cependant gratuite pour les receveurs des Contributions directes, de l'Enregistrement et des Domaines ou de la T.V.A. ainsi que pour les greffiers et les juges des saisies, en vue de l'accomplissement de leurs missions légales.

Les avis sont en principe conservés dans le fichier des avis pendant un délai de trois ans à compter de l'événement qui y a donné lieu, sans préjudice, s'il échet, de la radiation de l'avis auparavant, soit à l'initiative des personnes habilitées à consulter le fichier, en cas de paiement, soit amiablement, soit par décision du juge. Ils sont périmés de plein droit à l'expiration de ce délai de trois ans, à moins que, dix jours au plus tard avant cette expiration, un avis de suspension ou de renouvellement n'ait été adressé au fichier des avis en spécifiant le motif de la suspension ou du renouvellement.

57. - La Chambre nationale des huissiers de justice - « responsable du traitement », au sens de l'article 1er, § 6 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel - a été chargée d'organiser et de gérer le fichier sous le contrôle d'un Comité de gestion et de surveillance. Elle se trouve soumise aux dispositions de la loi précitée et, partant, aux obligations de sécurité visées à l'article 16.

Le Comité de gestion et de surveillance du fichier central des avis institué auprès du ministère de la Justice et composé d'un juge des saisies, d'un juriste, d'un informaticien, d'un greffier, d'un membre de la commission de la protection de la vie privée, d'un représentant de la Banque Nationale de Belgique, d'un avocat, d'un notaire, de deux huissiers de justice et d'un réviseur d'entreprises, est, non seulement chargé de veiller et contribuer au fonctionnement efficace et sûr du fichier central, mais il possède également un pouvoir de contrôle : sorte d'organe de surveillance de première ligne, le Comité est ainsi investi d'une compétence d'enquête limitée ; il peut donner un avis d'office ou sur demande au sujet de tout différend résultant de l'application du nouveau système ; il peut enfin, dans certaines conditions, enjoindre à la Chambre nationale de rendre inopérant un code individuel d'accès.

<sup>102</sup> Telle qu'adaptée à la directive européenne 95/46/CE par la loi du 11 décembre 1998.

L'article 1391, § 6 attribue à toutes les personnes enregistrées dans le fichier un droit d'accès et un droit de rectification conformément aux articles 10 à 15 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Cette précision est importante dans la mesure où les personnes susceptibles de se trouver fichées dans la banque des avis peuvent être tant physiques que morales alors que la loi du 8 décembre 1992 ne s'applique pas aux données relatives aux personnes morales. Par le truchement de cette disposition, ces dernières se voient ainsi explicitement octroyer un droit d'accès aux données et un droit de rectification de celles-ci.

58. - La loi du 29 mai 2000 n'est, à ce jour, pas encore entrée en vigueur. En vertu de son article 29, il revient au Roi de fixer la date d'entrée en vigueur de chacune des dispositions. La création du fichier informatisé nécessitera à l'évidence un certain délai avant la mise en vigueur des articles concernés. Bon nombre d'arrêtés, royaux ou ministériels, doivent être adoptés. Durant les trois premières années à compter de la mise en vigueur de la loi, le système manuel de consultation subsistera parallèlement au système électronique central, de sorte que les avis établis avant la date d'entrée en vigueur des dispositions concernant le fichier centralisé pourront être consultés conformément à l'article 1391 actuellement en vigueur du Code judiciaire.

## CONCLUSION

59. - Les méthodes alternatives de résolution des litiges ont le vent en poupe. Présentes depuis longtemps sous diverses formes dans la plupart des systèmes juridiques, elles ont toujours eu pour objectif de pallier un ou plusieurs inconvénients de la procédure judiciaire 'classique'. Le développement récent du commerce électronique, qui pose de manière aiguë la question de l'adéquation entre l'organisation de la procédure judiciaire et la résolution des conflits, particulièrement les litiges de consommation, constitue un terrain propice à l'épanouissement de ce type de procédure. Par ailleurs, ces procédés sont peut-être un des éléments qui permettront de véritablement 'lancer' la nouvelle économie en Europe. Enfin, l'utilisation des nouvelles technologies dans le cadre de ces mécanismes contribue à les rendre plus souples et plus accessibles.

Conscients de l'enjeu, tant les instances européennes que les Etats membres ont entrepris diverses initiatives afin d'encadrer le fonctionnement de ces

organes et de leur fournir les moyens juridiques nécessaires pour mener à bien leurs missions. Reste maintenant à voir si le justiciable tirera pleinement profit de toutes les possibilités qui lui sont offertes en cas de litige pour la résolution de celui-ci. Le recours à la procédure judiciaire s'avérera cependant inévitable dans un certain nombre de cas, dès lors que ces procédés reposent sur une volonté commune des parties de solutionner le litige au mieux de leurs intérêts. Si cette volonté commune n'existe pas, le processus perdra tout ou partie des avantages initialement recherchés et risque d'être voué à l'échec. Dans cette optique, la question de l'exécution des décisions ou des accords obtenus à la suite d'une telle procédure revêt une importance capitale. Enfin, il importe d'insister sur la nécessité pour les parties et pour le tiers chargé de la résolution du litige de respecter un certain nombre de règles essentielles qui garantissent la légalité de ces mécanismes et préservent au mieux les droits des parties.

Même si tant les professionnels que les consommateurs insistent, pour des raisons parfois différentes, pour que des procédures non judiciaires de règlement des conflits soient mises sur pied, la procédure judiciaire restera toujours un passage obligé pour certains types de litiges, notamment en matière de responsabilité. A cet égard, on assiste dans bon nombre de pays à une réflexion en vue de permettre l'introduction et l'exécution d'une procédure par voie électronique. Nous sommes au début de cette évolution. La loi Bourgeois constitue un premier pas dans la bonne direction mais devra être suivie, à moyenne échéance, par un travail plus important d'adaptation du Code judiciaire et de mise en place des moyens techniques adéquats afin de rendre possible la procédure électronique. Celle-ci est susceptible d'accélérer et de simplifier la procédure mais elle ne guérira pas la procédure judiciaire de ses maux habituels, notamment l'arriéré judiciaire. Celui-ci ne s'explique pas uniquement par la lenteur des procédures et de la communication entre acteurs de la justice. Par ailleurs, comme nous l'avons constaté, eu égard à la dimension internationale d'Internet, des critères de rattachement nouveaux devront être élaborés pour écarter l'insécurité juridique et éviter que les justiciables ne soient découragés par la complexité des règles à appliquer pour la solution des litiges.